

Skjulte tvangsmidler i straffeprosessen

Hvilke muligheter har politiet til å bekjempe kriminalitet uten mistenktes kunnskap?

Kandidatnummer: 709

Leveringsfrist: 25.november 2012

Antall ord: 17 605



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Rettslig plassering – fremstillingens tema	1
1.2	Tolkning og metode	2
1.3	Begrepsavklaring	4
1.3.1	Tvangsmiddel	4
1.3.2	Skjulte tvangsmidler	4
1.3.3	Hemmelig ransakelse	5
1.3.4	Skjult fjernsynsovervåkning	5
1.3.5	Teknisk sporing av person eller gjenstand	6
1.3.6	Kommunikasjonskontroll	6
1.3.7	Skjult romavlytting	7
1.4	Alminnelige straffeprosessuelle prinsipper	7
1.5	Historisk utvikling	8
1.6	Avgrensninger	8
1.7	Den videre fremstillingen	9
2	VILKÅR FOR TA I BRUK SKJULTE TVANGSMIDLER	10
2.1	Innledning	10
2.2	Mistankekravet	11
2.3	Kriminalitetskravet	12
2.3.1	Strafferammen som vilkår for å ta i bruk de skjulte tvangsmidlene	13
2.3.2	Forsøk på handling og betydningen av at forsøk skal straffes mildere - strl. § 51	15
2.3.3	Organisert kriminalitet – strl. § 60a	17
2.3.4	Forbrytelser mot staten og statsforfatningen - strl. kap 8 og 9	18
2.3.5	Narkotika- og heleriforbrytelser – strl. § 162 og § 317 jf. § 162	20
2.3.6	Overtredelse av eksportkontrollloven	23

2.4	Forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a	24
2.4.1	Hensiktsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a første punktum	25
2.4.2	Forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a annet punktum	25
2.5	Vesentlighetsvilkåret	27
2.6	Oppnevning av advokat etter strpl. § 100a	28
2.6.1	Når skal mistenkte underrettes om bruken av tvangsmiddelet?	30
2.7	Prosessuelle krav og formkrav	31
2.7.1	Den subjektive kompetansen til å fatte vedtak.	32
2.7.2	I hvilken form må vedtaket besluttet?	32
2.7.3	Politiets hastekompetanse	33
2.7.4	Nødrett	36
2.7.5	Rettsmidler	37
2.8	Hvilke spesielle vilkår gjelder for de enkelte skjulte tvangsmidlene?	37
2.8.1	Hemmelig ransakelse	37
2.8.2	Skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted.	39
2.8.3	Teknisk sporing av gjenstand.	42
2.8.4	Teknisk sporing av person.	43
2.8.5	Kommunikasjonsavlytting	45
2.8.6	Annen kontroll med kommunikasjonsanlegg	48
2.8.7	Skjult romavlytting	50
3	KOMPARATIV RETT	53
4	HENSYN OG EGNE VURDERINGER.	54
4.1	Hensyn for skjulte tvangsmidler	54
4.1.1	Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse	54
4.2	Hensyn mot bruk av skjulte tvangsmidler.	55
4.2.1	Personvernshensyn	55
4.2.2	Rettsikkerhetshensyn	58
4.3	Egne vurderinger	59
4.3.1	Er det behov for en egen hjemmel for vanlig spaning?	59

4.3.2	Er det behov for å kunne foreta skjult fjernsynsovervåkning mot eller på privat sted?	60
4.3.3	De skjulte tvangsmidlene og selvinkrimineringsprinsippet.....	62
4.3.4	Avsluttende kommentarer.....	64
5	LITTERATURLISTE	66
5.1	Internasjonale konvensjoner	66
5.2	Lover	66
5.3	Forarbeider	66
5.3.1	Odelstingsproposisjoner	66
5.3.2	Proposisjon til Stortinget med forslag til lovvedtak	2
5.3.3	Norges offentlige utredninger.....	2
5.4	Avgjørelser av Høyesterett	2
5.5	Rundskriv	2
5.6	Juridisk litteratur	2
5.7	Nettsider	2

1 Innledning

1.1 Rettslig plassering – fremstillingens tema

Utgangspunktet for denne fremstillingen er hvilke metoder politiet og påtalemyndigheten har for å bekjempe kriminalitet og i hvilken grad disse metodene bør utvides eller innskrenkes.

Bakgrunnen for problemstillingen er at alle mennesker er frie individer som skal beskyttes mot inngrep fra statens side. Skal staten gripe inn i borgernes rettssfære, skal det foreligge gode grunner og inngrepet må være hjemlet i lov. Dette prinsippet er kjernen i legalitetsprinsippet. Behov for å bekjempe kriminalitet anses å være et slikt relevant hensyn for å begrunne inngrep i borgernes rettssfære. Jeg vil ikke gå nærmere inn på legalitetsprinsippet i denne fremstillingen, men vil kommentere det der det er relevant i den videre fremstillingen.

Det har de siste 20 årene blitt et stadig større behov for å gi politiet utvidede fullmakter til å bekjempe kriminalitet. Kriminalitet i dagens samfunn er et stadig økende problem. Statistikk viser at kriminaliteten riktignok har vært synkende de siste årene, nedgang på antall registrerte forbrytelser fra 2004 til 2008 har vært på 8,4 %.¹ Kriminalitetsbildet har imidlertid gått gjennom en kvalitativ endring de siste årene, ”kriminalitetsutviklingen har vist en fremvekst av alvorlig og brutal voldskriminalitet tilknyttet spesielle miljøer. Utviklingen [viser at] kriminelle i større grad sprer frykt, og bruker mer vold og våpen. Miljøene er ofte lukket, og det er en økt grad av profesjonalitet og hensynsløshet i forhold til omverdenen.”² Videre har kriminaliteten endret seg til å omfatte stadig større og mer profesjonelle grupper som organiserer seg både nasjonalt og internasjonalt.³

¹ NOU 2009:15 s. 76

² NOU 1997:15 s. 12

³ ibid s. 25

Kriminalitetsbekjempelse er en særlig viktig samfunnsoppgave. Kriminalitet i seg selv anses som et angrep på samfunnet og de sosiale normene flesteparten av oss lever etter. Kriminalitetsbekjempelse vies derfor stor plass i media og i samfunnsdebatter. En av de viktigste aspektene ved kriminalitetsbekjempelse er oppklaring av saker; at gjerningspersonen blir tatt og straffet for handlingen gir folket en trygghetsfølelse, motsatt skaper et stort antall uoppklarte saker en utrygghet i samfunnet.⁴

Økningen i profesjonalitet og organisering som man har sett i kriminalitetsbildet de siste årene og den økte utfordringen den teknologiske utviklingen skaper for kriminalitetsbekjempelse, gir politiet et behov for å kunne benytte seg av etterforskningskritt f.eks. som skjult romavlytting og telefonavlytting. Tradisjonelle etterforskningskritt som ordinær spaning og informanter kommer ofte til kort i arbeidet med bekjempelse av bl.a. organisert kriminalitet.

1.2 Tolkning og metode

I denne fremstillingen vil jeg benytte meg av Eckhoffs tilnærming til juridisk metode,⁵ en analyse av gjeldende rett som er av rettsdogmatisk karakter.

Utgangspunktet vil bli tatt i lovens ordlyd da denne har størst vekt.⁶ Med ordlyden menes den fysiske teksten som står skrevet i den enkelte bestemmelse. Ordlyden har særlig stor vekt for temaet skjulte tvangsmidler i straffeprosessen. Lovens ordlyd er enkelt tilgjengelig for borgerne og et utgangspunkt i denne gir forutberegnlighet for borgerne og motvirker vilkårlighet. Bestemmelsene om de skjulte tvangsmidlene er svært inngripende for enkeltpersoner, noe som tilsier at inngrepet må ha en klar lovhjemmel for at bruken skal kunne godkjennes i medhold av legalitetsprinsippet.

⁴ NOU 2009:15 s. 68

⁵ Eckhoff (2001)

⁶ ibid s. 39

Forarbeidene er en annen rettskilde det vil bli lagt stor vekt på. Forarbeider er de dokumenter som tjener til å forberede en lovendring, samt utredninger i forkant av en lovendring. Forarbeidene gjenspeiler lovgivers intensjoner med loven, og er derfor en viktig kilde til informasjon om lovgivers tanker bak bestemmelsene.⁷ Innenfor fremstillingens tema er det en rekke godt utarbeidede og grundige forarbeider.

I fremstillingen vil jeg i liten grad vise til rettspraksis på området, da det meste av rettspraksis er hemmelighetsstemplet. Jeg vil i noen grad vise til rettspraksis som kan belyse tolkningen av bestemmelser av betydning for bruken av de skjulte tvangsmidlene, og til tolkning av ordlyd der ordlyden er lik i bestemmelsene om de skjulte tvangsmidlene og andre tilsvarende bestemmelser.

For det fjerde vil jeg i noen grad legge vekt på juridisk teori der dette er retningsgivende og utdypende for tolkningen av ordlyden. Juridisk teori har i utgangspunktet liten vekt ved siden av de andre rettskildene, men kan ha betydning ved å klarlegge innholdet, og ved at forfatterne legger vekt på andre rettskilder av betydning når de tar standpunkt til juridiske spørsmål.⁸

Til slutt vil jeg også legge vekt på EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Konvensjonene er inkorporert som en del av norsk rett i menneskerettsloven⁹ § 2, og går foran bestemmelsene i annen lovgivning ved motstrid etter mnskrl. § 3.

⁷ Eckhoff (2001) s. 71

⁸ ibid s. 269 og 270

⁹ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter kalt mnskrl. eller menneskerettsloven)

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Tvangsmiddel

Med begrepet tvangsmiddel menes i denne fremstillingen de tvangsmessige etterforskningsskrittene påtalemyndigheten og politiet kan ta i bruk for å sikre, innhente og skaffe til veie bevis i en eventuell senere straffeforfølgning gjennom domstolene. Blant de ordinære tvangsmidlene finnes bl.a. pågrepelse og fengsling, ransakning, beslag og båndlegging av siktedes formuesgoder. Med tvangsmidlene i denne fremstillingen menes alle tvangstiltak som omfattes av fjerde del i straffeprosessloven, samt bestemmelsene i strpl. §§ 157, 160, 161 og veitrafikkloven¹⁰ §§ 22, 22a nr. 1 og 2 og 33 nr. 5. Tvangsmidlene nevnt her, er ikke uttømmende.

Formålet med bruken av tvangsmiddelet må være å avgjøre spørsmålet om tiltale, forberedelse for rettens behandling av straffeskyld og fastsettelse av reaksjon, avverge eller stanse straffbare handlinger, fullbyrde straff og andre reaksjoner, eller tjene som en forberedelse for barnevernets behandling av spørsmålet om å sette i verk tiltak etter lov om barnevernstjenester.^{11 12}

1.3.2 Skjulte tvangsmidler

De skjulte tvangsmidlene er en særvariant av tvangsmidlene og er ofte referert til som hemmelige tvangsmidler. Hemmelige tvangsmidler er en eldre terminologi, og i det følgende benyttes begrepet skjulte tvangsmidler da dette benyttes i nyere forarbeider.¹³ Forskjellen i begrepsbruk innbærer ingen reell forskjell.

¹⁰ Vegtrafikklov av 18. juni 1965 nr. 4

¹¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester

¹² Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter kalt strpl.) § 226

¹³ NOU 2009:15 Kapittel 12 s. 150

De skjulte tvangsmidlene omfatter bl.a. hemmelig ransakelse, skjult fjernsynsovervåkning, teknisk sporing av person og gjenstand, hemmelig båndlegging av formuesgoder, hemmelig beslag, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting. Felles for alle de skjulte tvangsmidlene, er at de kan foretas uten at mistenkte blir underrettet om bruken.

1.3.3 Hemmelig ransakelse

Hemmelig ransakelse er hjemlet i strpl. § 200a. Hemmelig ransakelse innebærer det samme som ordinær ransakelse, med den forskjellen at mistenkte ikke blir underrettet om beslutningen eller gjennomføringen. I motsetning til de øvrige bestemmelsene om ransakning i kapittel 15 er objektet eller subjektet som kan utsettes for ransakning ikke spesifisert i strpl. § 200a. Bestemmelsen gjelder med andre ord generelt.

1.3.4 Skjult fjernsynsovervåkning

Strpl. § 202a hjemler bruk av skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted på nærmere bestemte vilkår. Skjult fjernsynsovervåkning er som utgangspunkt ulovlig, jf. popplyl.¹⁴ § 40, forbudet i bestemmelsen er generelt og omfatter både det private og det offentlige. Popplyl. bruker nå begrepet ”kameraovervåkning” i stedet for ”fjernsynsovervåkning”, endringen er kun av språklig karakter og ble ikke konsekvent gjennomført i straffeprosessloven.¹⁵ I det følgende benyttes begrepet ”fjernsynsovervåkning” synonymt med ”kameraovervåkning” da det førstnevnte begrepet er det straffeprosessloven benytter.

Med ”fjernsynsovervåkning” menes vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkningskamera eller annet lignende utstyr som er fastmontert, jf. popplyl. § 36 første ledd. Både overvåking med og uten mulighet for opptak av lyd- og bildemateriale omfattes av begrepet, det samme gjelder utstyr som lett kan forveksles med en ekte kameraløsning. Bestemmelsen tar som hovedsak

¹⁴ Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (heretter kalt popplyl.)

¹⁵ Prop.47 L. (2011-2012) Kapittel 9 til endring av § 36

sikte på å ramme systematisk overvåkning, selv om denne er midlertidig. All vanlig manuell bruk av opptaktsutstyr som f.eks. politiet benytter under spaning vil falle utenfor bestemmelsen ettersom dette ikke er ”fjernbetinget” eller ”automatisk virkende”, jf. popplyl § 36 første ledd første punktum.

Strpl. § 202a omfatter bare ”skjult” fjernsynsovervåkning. Dette innebærer at all overvåkning som det er opplyst om vil falle utenfor bestemmelsen.

1.3.5 Teknisk sporing av person eller gjenstand

Teknisk sporing av person eller gjenstand er hjemlet i henholdsvis strpl. §§ 202c og 202b. Teknisk sporing innebærer plassering av peileutstyr på person eller objekt for å lokalisere objektet eller personens geografiske posisjon. Peileutstyret består av elektroniske signal-sendere som kan festes på en person eller en gjenstand og som følger dennes bevegelser. Sendere som overfører lyd eller bilde omfattes ikke av betegnelsen.¹⁶

1.3.6 Kommunikasjonskontroll

Kommunikasjonskontroll er en samlebetegnelse for kommunikasjonsavlytting i strpl. § 216a og annen kontroll med kommunikasjonsanlegg i strpl. § 216b. Bestemmelsene om kommunikasjonskontroll kom inn i straffeprosessloven ved lov av 5. juni 1992 nr. 5. Liknende bestemmelser fantes tidligere i lov av 24. juni 1915 nr. 5 om kontroll av post- og telegrafforsendelser og med telefonsamtaler, som nå er opphevet.

Kommunikasjonsavlytting omfatter typisk avlytting av telefonsamtaler og kontroll med elektronisk kommunikasjon mellom datamaskiner. Fremstillingen går nærmere inn på de enkelte vilkår og hva som omfattes nedenfor.

Annen kontroll med kommunikasjonsanlegg innebærer at politiet kan innstille eller avbryte overføring av samtaler og annen kommunikasjon, stenge kommunikasjonsanlegg osv., ty-

¹⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 148

pisk stenge nettsider med kompromitterende innhold som barnepornografi.¹⁷ Fremstillingen kommer nærmere inn på dette nedenfor.

1.3.7 Skjult romavlytting

Skjult romavlytting i strpl. § 216m omfatter annen hemmelig avlytting ved hjelp av tekniske midler enn kommunikasjonsavlytting i strpl. § 216a. Bestemmelsen om skjult romavlytting kom inn i loven ved lov av 17. juni 2005 nr. 87 og er ansett som et av de mest kontroversielle tvangsmidlene. Skjult romavlytting omfatter typisk bruk av skjulte mikrofoner sendere og opptaksutstyr der mistenkte antas å befinne seg.¹⁸ Avlyttingen kan foretas både i privat rom og offentlig sted. Bruk av utstyr som sender eller tar opp bilder, f.eks. videokamera, er ikke omfattet av bestemmelsen.

1.4 Almennelike straffeprosessuelle prinsipper

Innenfor straffeprosessen finnes det en rekke prinsipper, jeg skal her kun gi en kort redegjørelse for de enkelte prinsippene. Årsaken til at jeg gjør dette, er at disse prinsippene er av betydning for å forstå rammene rundt bestemmelsene som skal drøftes i det videre. Listen over prinsipper er ikke uttømmende. De prinsippene som nevnes i det følgende er de av størst betydning for fremstillingen.

Det *kontradiktoriske prinsipp* innebærer at partene skal ha rett til å uttale seg før det fattes en avgjørelse.

Partsoffentlighet innebærer at partene har rett til å se sakens dokumenter, her er det en rekke begrensninger i straffeprosessen.

Anklageprinsippet og inkvisisjonsprinsippet innebærer forskjellen i om det er domstolene som forbereder en sak eller om det er et særskilt organ som har denne oppgaven, i dette

¹⁷ strpl. § 216b tredje ledd

¹⁸ Gyldendal Rettsdata Lovkommentarer til Straffeprosessloven note 1583

tilfelle påtalemyndigheten. De fleste skjulte tvangsmidler skal besluttes iverksatt av domstolene, mens det vanligvis er påtalemyndigheten som leder etterforskningen.

Favor defensionis-prinsippet betyr i favør av den som skal forsvare seg. Prinsippet innebærer at den ubalansen som ofte oppstår under etterforskningen søkes gjenopprettet gjennom rettergangen.¹⁹

1.5 Historisk utvikling

De ordinære tvangsmidlene, pågrepelse, fengsling, ransaking, beslag og utleveringspålegg, har eksistert siden straffeprosessloven av 1887.²⁰ I den nyere tid har det imidlertid skjedd en markant endring og utvidelse av straffeprosesslovens fjerde del. I de siste årene har kapittelet blitt tilført flere og flere skjulte tvangsmidler, mye av årsaken til dette er den eksplosive utviklingen av IKT (Informasjons- og kommunikasjonsteknologi). De første skjulte tvangsmidlene kom inn i straffeprosessloven i 1992, og kapittelet har siden den gang vært i bratt utvikling.

1.6 Avgrensninger

Fremstillingen omfatter som nevnt ovenfor de skjulte tvangsmidlene i straffeprosessloven. De ordinære tvangsmidlene som fengsling, ransaking etc. faller utenfor. Oppgaven vil hovedsakelig fokusere på vilkårene for å bruke de skjulte tvangsmidlene i strpl. §§ 200a, 202a, 202b, 202c, 216a, 216b og 216m, samt hensynene for og imot bruken av skjulte tvangsmidler. Forebyggende og avvergende bruk av skjulte tvangsmidler i strpl. § 222d og politiloven²¹ § 17d faller utenfor oppgaven da det vil føre for vidt å gi en fremstilling av disse.

¹⁹ Hov (2009) s. 131

²⁰ Andenæs (2000) bind II s. 144

²¹ Lov av 4. august 1995 nr. 53 om politiet

1.7 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen vil jeg først ta for meg de materielle og prosessuelle vilkårene for å ta i bruk de skjulte tvangsmidlene. Videre vil jeg ta for meg en kort sammenlikning av liknende regler i andre land. Til slutt vil jeg ta for meg de enkelte hensyn for og imot bruk av de skjulte tvangsmidlene samt foreta en rettspolitisk vurdering av behovet for de skjulte tvangsmidlene i dagens samfunn, og endelig en vurdering av om det eventuelt er et behov for en utvidelse av disse tvangsmidlene.

2 Vilkår for ta i bruk skjulte tvangsmidler

2.1 Innledning

Lovgivningen åpner for bruk av tvangsmidler i flere tilfeller. Vilkårene for å ta i bruk tvangsmidler er i utgangspunktet strenge. Dette fordi tvangsmidler anses som svært inngripende overfor mistenkte. På tross av deres inngripende natur kan imidlertid enhver politimann/-kvinne så vel som en helt vanlig borger benytte seg av en rekke av de ordinære tvangsmidlene når vilkårene for dette er oppfylt. Dette er såkalt hastekompetanse, som er forbundet med meget strenge vilkår og bærer preg av om at mistanken må være særdeles stor. Tidsmomentet er også viktig, og videre skal beslutningen etterprøves av rett kompetanseorgan.

De skjulte tvangsmidlene er ansett som særdeles inngripende, selv sammenliknet med de ordinære tvangsmidlene. Bakgrunnen for dette ligger i de skjulte tvangsmidlenes natur, i det mistenkte ikke har kunnskap om at tvangsmidlene blir benyttet mot ham eller henne. Vilkårene for å ta i bruk skjulte tvangsmidler er således meget strengere enn for å ta i bruk de ordinære tvangsmidlene.

For at politiet skal kunne benytte seg av hemmelig ransakning, skjult fjernsynsovervåkning, teknisk sporing på person eller gjenstand, kommunikasjonskontroll og hemmelig romavlytting, kreves det at personen med ”skjellig grunn mistenkes”. Det kreves i utgangspunktet beslutning fra retten, strafferammen for handlingen personen mistenkes å ha overtrådt er høy, eventuelt må personen mistenkes for å ha overtrådt straffebud av en særlig alvorlig karakter. Videre er det vilkår om at det oppnevnes offentlig advokat etter strpl. § 100a for å ivareta siktedes interesser i form av kontradiksjon, ettersom mistenkte selv ikke har kunnskap om at tvangsmiddelet brukes mot ham eller henne. Det er disse vilkårene og øvrige vilkår for å benytte de skjulte tvangsmidlene som behandles i det følgende.

2.2 Mistankekravet

For å ta i bruk hemmelig ransakelse, skjult fjernsynsovervåkning, teknisk sporing på person eller gjenstand, kommunikasjonskontroll eller hemmelig romavlytting mot en person er det et vilkår at personen med ”skjellig grunn mistenkes” for en eller flere handlinger.

Uttrykket ”skjellig grunn mistenkes” har ingen naturlig språklig betydning i dagens språk, dette er også oppfatningen i forarbeidene.²² Lovteksten gir ingen veiledning på hvordan vilkåret skal forstås.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordet ”mistanke” må det i hvert fall ligge et krav om sannsynlighet for at personen har begått handlingen. Videre må ”skjellig grunn mistenkes” innebære at sannsynligheten må være objektiv.²³ At sannsynligheten må være objektiv, innebærer at det ikke er anledning til å legge vekt på utenforliggende hensyn, som mistenktes utseende, jf. Rt-2006-582 der ransakelsen ble ansett som ulovlig. Loven krever at handlingen personen er mistenkt for å ha overtrådt er en straffbar handling, jf. ordlyden ”skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som etter loven kan medføre straff”.

Vilkåret ”skjellig grunn” til mistanke innebærer med at det stilles krav til hvilken grad av mistanke det må være mot en person for at de skjulte tvangsmidlene skal kunne tas i bruk. Det rettslige spørsmålet blir hvor stor mistanke det må foreligge for at tvangsmiddelet kan benyttes. Det kan ikke stilles krav til at mistanken skal være like stor som beviskravet for domfellelse, en straffedom innebærer en meget større påkjenning enn et tvangsmiddel. Rettspraksis er veiledende for å kartlegge kravet til mistanke nærmere.

²² NUT-1969-3 s. 238

²³ Hov (2009) s. 463.

I kjennelsen inntatt i Rt-1993-1302 hadde lagmannsretten uttalt at ”skjellig grunn” til mistanke måtte innebære at ”det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen saken gjelder enn at han ikke har det”. Høyesteretts kjæremålsutvalg (nå Ankeutvalget) sluttet seg til denne tolkningen.²⁴ Kjennelsen gjaldt fengsling etter strpl. § 171, men må også være relevant i forhold til andre tvangsmidler som oppstiller vilkåret ”skjellig grunn mistenkes”.²⁵ At det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen enn at han ikke har det, innebærer at det i hvert fall må være sannsynlighetsovervekt for at siktede har begått handlingen.

Retten behøver ikke i avgjørelsen å gå nærmere inn på hvilken sannsynlighetsovervekt som kreves for å stadfeste at ”skjellig grunn” til mistanke foreligger.²⁶

2.3 Kriminalitetskravet

Kriminalitetskravet for å benytte de skjulte tvangsmidlene er stort sett sammenfallende. Det er imidlertid enkelte forskjeller dem i mellom og derfor vil enkelte særlige vilkår som gjelder for de enkelte tvangsmidlene behandles særskilt. I utgangspunktet gjelder de fire straffbarhetsbetingelsene for alle tvangsmidlene. De fire straffbarhetsbetingelsene omfatter, skylddevne, fravær av straffefrihetsgrunner, ha nødvendig grad av skyld og brudd på et straffesanksjonert forbud eller påbud fastsatt i formell lov. Dette innebærer at for å ta i bruk et tvangsmiddel må personen med ”skjellig grunn” mistenkes for å ha overtrådt alle de fire straffbarhetsbetingelsene i et straffebud som kan medføre frihetsstraff av en gitt lengde.

Kravet til skylddevne kan imidlertid utelates dersom det viser seg at mistenkte var utilregnelig i gjerningsøyeblikket.²⁷

²⁴ Rt-1993-1302 på side 1303

²⁵ Rt-2006-582 premiss 19

²⁶ Rt-1997-708 på s. 710.

²⁷ jf. § 200a syvende ledd jf. § 196, jf. § 202a første ledd annet punktum jf. § 196, jf. § 202b første ledd tredje punktum jf. § 196, jf. § 202c første ledd annet punktum jf. § 202b

Det er den abstrakte rammen i det enkelte straffebud som er relevant og ikke den straffen man antar at mistenkte vil bli idømt,²⁸ det avgjørende er derfor hvilken strafferamme loven setter for overtredelse av straffebudet. Felles for alle straffebud i straffeloven er at det som en hovedregel er et krav om at gjerningspersonen har handlet forsettlig, jf. strl. § 40 første ledd. For de tilfellene det gjelder et lempeligere skyldkrav er dette særskilt bestemt. Forhøyelse av maksimumsstraff ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser etter strl. §§ 61, 62 og 63 kommer ikke i betraktning ved utvidelse av strafferammen for hemmelig ransakelse, teknisk sporing av person eller gjenstand eller kommunikasjonskontroll.²⁹ For skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted gjelder ingen slik begrensning. Skjult romavlytting kan kun benyttes ved overtredelse av spesielle straffebud og strl. §§ 61, 62 og 63 får således ingen betydning for dette tvangsmiddelet.

2.3.1 Strafferammen som vilkår for å ta i bruk de skjulte tvangsmidlene

For at de fleste skjulte tvangsmidlene skal kunne tas i bruk er det et vilkår at personen er med ”skjellig grunn” er mistenkt for overtredelse av et eller flere straffebud som kan medføre straff av fengsel innenfor en nærmere bestemt strafferamme.

For hemmelig ransakelse, teknisk sporing av person og kommunikasjonsavlytting er det et krav om at overtredelsen kan medføre straff av fengsel i ”10 år eller mer”.³⁰ Her er det til-

første ledd tredje punktum jf. § 196, jf. § 216a annet ledd, jf. § 216b første ledd annet punktum jf. § 216 a annet ledd og jf. § 216m annet ledd

²⁸ Bjerke/Keiserud (2001) s. 640 punkt 4.

²⁹ jf. strpl. § 200a første ledd annet punktum, jf. strpl. §202b første ledd annet punktum, jf. strpl. § 202c første ledd annet punktum jf. § 202b første ledd annet punktum, jf. strpl. § 216a første ledd annet punktum, jf. strpl. §216b første ledd annet punktum jf. 216a første ledd annet punktum.

³⁰ jf. strpl. § 200a første ledd første punktum, jf. § 202c første ledd første punktum, jf. § 216a første ledd første punktum bokstav a).

strekkelig at personen har overtrådt et straffebud der strafferammen er 10 år eller høyere. Eksempler på slike straffebud er strl. § 195 første ledd seksuell omgang med barn under 14 år, strl. § 225 første ledd slaveri, strl. § 233 drap, eller strl. § 268 annet ledd jf. § 267 grovt ran.

Strafferammen må være ”5 år eller mer” for å ta i bruk teknisk sporing på gjenstand og annen kontroll med kommunikasjonsanlegg.³¹ En vil være innenfor vilkåret i disse sakene ved overtredelse av strl. § 258 første ledd jf. § 257 grovt tyveri og simpelt rant etter strl. § 268 første ledd jf. § 267.

For skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted er det et krav om at handlingen kan medføre ”høyere straff enn fengsel i 6 måneder”.³² Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig at det kan idømmes fengsel i seks måneder eller bøter se f.eks. strl. § 326 første ledd. Videre får ikke den generelle adgangen i strl. § 26a til å idømme bøter i tillegg til frihetsstraff betydning i dette tilfellet, jf. strl. § 26a annet ledd.³³ På den annen side vil vilkåret være oppfylt der det er anledning til å idømme fengsel på seks måneder sammen med bøter i det enkelte straffebud, se f.eks. naskeri strl. § 391a annet ledd.

Vurderingen for om de skjulte tvangsmidlene kan benyttes er dermed om personen med ”skjellig grunn mistenkes” for overtredelse av et eller flere straffebrud som kan gi en nærmere angitt frihetsstraff og alle de fire straffbarhetsbetingelsene er oppfylt.

³¹ jf. strpl. § 202b første ledd første punktum, jf. § 216b første ledd første punktum bokstav a).

³² jf. strpl. § 202a første ledd første punktum.

³³ Bjerke/Keiserud (2001) s. 640 4. punkt.

2.3.2 Forsøk på handling og betydningen av at forsøk skal straffes mildere - strl.

§ 51

For de skjulte tvangsmidlene som setter som vilkår at handlingen kan medføre straff i ”5 år eller mer” eller ”10 år eller mer” kan spørsmålet om handlingen var en fullbyrdet overtredelse eller kun et fullendt forsøk være av betydning. Det følger av strl. § 51 at forsøk skal straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse. Dette innebærer at der strafferammen er akkurat på grensen, vil det forhold at det er en forsøkshandling innebære at en ikke kan benytte seg av tvangsmiddelet. Dette vil f.eks. være tilfelle for finansiering av terrorhandlinger etter strl. § 147b første ledd for tvangsmidler som krever at overtredelsen kan medføre straff i ”10 år eller mer”. I den nye strl. av 2005 §§ 78 første ledd bokstav a jf. § 80 første ledd bokstav b ”kan” forsøk straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse.

Strl. § 51 vil være uten betydning overfor bruk av skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted ettersom vilkåret her er ”høyere straff enn fengsel i 6 måneder”.

Hva gjelder grensen mellom en fullbyrdet straffbar handling og forsøk, beskrives som ”Fullbyrdet er forbrytelsen når alt det forligger som det enkelte straffebud krever.”³⁴ er dette mindre interessant og jeg går ikke nærmere inn på dette.

Etter norsk rett er det ikke straffbart å forberede en straffbar handling, jf. strl. § 50. Her vil jeg kun fremheve noen hovedlinjer om hvor grensen mellom forberedelse og forsøk går. Andenæs skriver illustrerende om grensen mellom forsøk og forberedelse at ”gjerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsen og overveielsernes tid forbi”.³⁵ Begrepet forsøk omfatter ikke kun handlinger som språklig sett er et forsøk, f.eks. en gjerningsmann som skyter, men bommer. Videre omfattes ikke alle rene forsøkshandlinger av det straffrettslige begrepet forsøk, f.eks. såkalt utjenelige forsøk, som forbannelser o.l.

³⁴ Andenæs (2004) s. 345

³⁵ *ibid* s. 347

Etter strl. § 49 omfatter forsøk de tilfellene der en straffbar handling annå ikke er fullbyrdet, men hvor det er foretatt handling hvor utførelsen av den straffbare handling ”tilsigtedes paabegyndt”. Det fremgår fra en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen at det er gjerningspersonens intensjoner som er relevant for vurderingen og videre at disse må komme til uttrykk i gjerningspersonens handlinger.

I rettspraksis er det uthevet flere momenter som vil være av relevans for hvorvidt handlingen er å anse som en forsøkshandling eller en forberedelseshandling. Disse momentene kan deles opp i objektiv og subjektiv del av gjerningsinnholdet.

Hva gjelder den objektive delen av gjerningsinnholdet, er relevante momenter hvor nære gjerningspersonen er den fullbyrdete handlingen i tid og sted, og som hva gjenstår på gjerningspersonens hånd for å fullbyrde handlingen.³⁶

Den subjektive delen av overtredelsen omfatter den markante psykologiske forskjellen det er å ta steget inn i straffbart forsøkt fra straffri forberedelse.³⁷ Spørsmålet er om det ut fra ytre omstendigheter er kommet ”så langt frem mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse”.³⁸ I denne sammenheng er det relevant å peke på strl. § 50 som bestemmer at gjerningspersonen blir straffri om han/hun avstår fra den straffbare handling. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

³⁶ Rt-1995-1738 på s. 1739

³⁷ Rt-2008-867

³⁸ Rt-1939-890

2.3.3 Organisert kriminalitet – strl. § 60a

Dersom den staffbare handlingen personen er mistenkt for å ha utført er utført som ledd i virksomheten til en kriminell gruppe, forhøyes maksimumsstraffen i straffebudet til det dobbelte, men allikevel ikke med mer enn fem år, jf. strl. § 60a første ledd. Bestemmelsen kom inn i loven ved i 2003 og er resultatet av et ønske om å straffe organisert kriminalitet strengere.³⁹ Bestemmelsen er kun av straffeskjerpende karakter og er ingen hjemmel for å straffe personer for å være medlem av en organisert kriminell gruppe.

Etter strl. § 60a tredje ledd får bestemmelsen anvendelse ved lovbestemmelser som tillegger strafferammen rettslig virkning. Dette innebærer at strl. § 60a kan være av avgjørende betydning for om man kan ta i bruk de skjulte tvangsmidlene der vilkåret er knyttet til strafferammen.

For at strl. § 60a skal få anvendelse i tilknytning til de skjulte tvangsmidlene må personen med skjellig grunn være mistenkt for å oppfylle vilkårene i bestemmelsen. For det første må handlingen være utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe. En person som er medlem av en slik gruppe, men handler på egenhånd, vil ikke oppfylle vilkårene i strl. § 60a.⁴⁰ For det annet må handlingen gjelde et brudd på et straffebud med strafferamme på minst tre år, jf. strl. § 60a annet ledd.

Jeg går ikke i dybden på hva som ligger i organisert kriminell gruppe, her skal jeg kun trekke noen hovedlinjer.

Begrepet ”organisert kriminell gruppe” er legaldefinert i strl. § 60a annet ledd som en organisert gruppe på tre eller flere personer som har til hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst tre år, eller hvor en vesentlig del av virksomheten består i å

³⁹ Ot.prp.nr 62 (2002-2003) s. 93.

⁴⁰ *ibid* s. 94

begå slike handlinger. Det fremgår av forarbeidene at virksomheten må ha en viss struktur, dette innebærer at mer tilfeldige sammensetninger vil falle utenfor.⁴¹ Videre innebærer ordlyden at gruppen må drive med kriminalitet i en viss skala, men selv om kun en tredjedel av gruppens virksomhet skulle bestå av straffbar aktivitet må dette normalt også betraktes som en vesentlig del.⁴²

2.3.4 Forbrytelser mot staten og statsforfatningen - strl. kap 8 og 9.

Flere av de skjulte tvangsmidlene har alternative vilkår for å ta dem i bruk. Dette innebærer at selv om kravet til strafferamme ikke er oppfylt kan tvangsmidlene tas i bruk dersom den straffbare handlingen er en overtredelse av nærmere angitte forbrytelser i bl.a. straffelovens kapittel 8 og 9. De aktuelle straffebudene sikter på å verne om verdier av sentral samfunnsmessig karakter. Videre er det i disse tilfellene vanskelig å oppnå resultater ved tradisjonelle etterforskningsmetoder, og bruk av de skjulte tvangsmidlene kan således være avgjørende for å avdekke bevis i slike saker.

2.3.4.1 Forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet – strl. kap. 8

Skjult ransakning, teknisk sporing på person eller gods, kommunikasjonsavlytting og annen kontroll med kommunikasjonsanlegg kan benyttes dersom personen med ”skjellig grunn” mistenkes for å ha overtrådt strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90.⁴³

Strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90 befinner seg alle i straffelovens kapittel 8 om forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet og er typisk spionasjebestemmelser. Bestemmelsene omfatter forbud mot deling av informasjon som kan være skadelig for rikets sikkerhet, jf. strl. § 90, forberedelse til handling som nevnt i strl. § 90, jf. § 91, spionasje for fremmed

⁴¹ Ot.prp.nr 62 (2002-2003) s. 96

⁴² ibid s. 97

⁴³ jf strpl. § 200a første ledd første punktum annet alternativ, jf. § 202b første ledd første punktum annet alternativ, jf. § 202c første ledd første punktum annet alternativ, jf. § 216a første ledd bokstav b første alternativ, jf. § 216b første ledd bokstav b første alternativ.

nasjon om politiske og personlige forhold som kan skade Norges interesser etter strl. § 91a og den som inngår forbund med hensikt om å overtre strl. § 90, jf. § 94.

Strafferammen i bestemmelsene varierer noe og strekker seg fra 2 til 10 år. Det alternative vilkåret får derfor selvstendig betydning ved siden av det generelle vilkåret om strafferammen.

2.3.4.2 Forbrytelser mot Norges statsforfatning og statsoverhode – strl. kap. 9

Enkelte av de skjulte tvangsmidlene kan tas i bruk om en person med ”skjellig grunn” er mistenkt for overtredelse av strl. § 104a første ledd annet punktum eller strl. § 104a annet ledd, jf. første ledd annet punktum. Av de skjulte tvangsmidlene som kan tas i bruk etter dette alternativet er skjult ransaking, teknisk sporing på person og kommunikasjonsavlytting.⁴⁴

Strl. § 104a hører under straffelovens kapittel 9 som handler om forbrytelser mot Norges statsforfatning og statsoverhode. Strl. § 104a første ledd setter straff for de som danner eller deltar i en privat organisasjon av militær karakter, og strafferammen er inntil 2 år. Strafferammen økes til inntil 6 år dersom organisasjonen har forråd av sprengstoff, medlemmer under 18 år eller benytter personen under 18 år i fiendtligheter.

Strl. § 104a annet ledd bestemmer at personer som danner, deltar eller rekrutterer i en forening eller sammenslutning som har til formål drive å sabotasje mv. for å forstyrre samfunnsordenen eller oppnå innflytelse i offentlige anliggender, straffes på samme måte som i første ledd. For å straffe etter annet ledd er det imidlertid et krav om at foreningen eller

⁴⁴ jf. strpl. § 200a første ledd første punktum annet alternativ in fine, jf. § 202c første ledd første punktum annet alternativ in fine, jf. § 216a første ledd bokstav b første alternativ in fine.

sammenslutningen har tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler. Videre må en som kan representere organisasjonen ha tatt slike skritt som nevnt ovenfor.⁴⁵

Kriminalitetskravet i de aktuelle skjulte tvangsmidlene er for alle ”10 år eller mer”, det alternative vilkåret får derfor selvstendig betydning ved siden av vilkåret om strafferamme.

2.3.5 Narkotika- og heleriforbrytelser – strl. § 162 og § 317 jf. § 162

Skjult ransakning, kommunikasjonsavlytting, annen kontroll av kommunikasjonsanlegg kan settes i verk ved ”skjellig grunn” til mistanke på overtredelse av strl. § 162 eller strl. § 317 jf. § 162. Videre kan hemmelig romavlytting settes i verk ved overtredelse av strl. § 162 tredje ledd.⁴⁶

Strl. § 162 første ledd setter straff for den som ulovlig, tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer sender eller overdrar narkotiske stoffer. Bestemmelsen rammer all befatning med narkotika bortsett fra ren bruk og besittelse som omfattes av legemiddeloven⁴⁷ § 31 annet ledd.

Ren bruk og besittelse av narkotika gir ikke anledning til å bruke de skjulte tvangsmidlene og det er derfor hensiktsmessig å trekke grensen mellom besittelse og oppbevaring nærmere. En naturlig språklig forståelse av ”besittelse” og ”oppbevaring” tilsier at det ved oppbevaring er tale om besittelse over en lengre periode og større mengder narkotiske stoffer. Etter forarbeidene må besittelsen ha en viss varighet for at den skal anses som oppbevaring etter strl. § 162 første ledd.⁴⁸ Det presiseres videre at midlertidig besittelse i tilknytning til egen bruk skal subsumeres under legemiddeloven § 31 annet ledd, mens besittelse ut over

⁴⁵ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 142.

⁴⁶ jf. strpl. § 200a første ledd første punktum tredje alternativ, jf. § 216a første ledd bokstav b annet alternativ, jf. § 216b første ledd bokstav b, jf. § 216m første ledd bokstav b.

⁴⁷ Lov om legemidler av 4. desember 1992 nr. 132 (heretter kalt legemiddeloven)

⁴⁸ Ot.prp.nr. 23 (1983-1984) s. 14-15

dette skal anses som oppbevaring etter strl. § 162 første ledd.⁴⁹ Høyesterett har fastslått at også besittelse av mindre kvanta med narkotiske stoffer skal anses som oppbevaring der stoffer er beregnet på videresalg.⁵⁰ Overtredelse av strl. § 162 første ledd kan straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år.

Overtredelsen regnes som grov etter strl. § 162 annet ledd. Ved vurderingen av hva som er å anse som grov overtredelse skal det særlig legges vekt på hva slags stoff overtredelsen gjelder, kvantumet og overtredelsens karakter. Etter forarbeidene kan det også ha betydning hvorvidt stoffet er solgt eller forsøkt solgt til særlige utsatte grupper, eller grupper der narkotika tidligere ikke har hatt noen utbredelse.⁵¹ Type stoff og kvantum må vurderes i sammenheng. Det følger av rettspraksis at grensen mellom første og annet ledd går ved ca. 0,8 – 1 kg for hasj,⁵² ca. 15 gram for heroin⁵³ og ca. 50 gram for amfetamin.⁵⁴ Strafferammen for overtredelse etter strl. § 162 annet ledd er 10 år.

Etter strl. § 162 tredje ledd er strafframmen 15 år dersom overtredelsen gjelder et ”meget betydelig kvantum”. Ifølge forarbeidene er bestemmelsen kun tiltenkt de virkelig graverende narkotikaforbrytelsene, typisk storhandel med narkotika.⁵⁵ Hvor stort kvantum som kreves for at det skal anses som ”meget betydelig” må som i annet ledd være avhengig av hvilken type stoff det gjelder. Rettspraksis tilsier at grensen for hasj går på rundt 70-100 kg⁵⁶, for heroin mellom 500-750 gram^{57 58} og for amfetamin på nærmere 3 kg.⁵⁹

⁴⁹ Ot.prp.nr. 23 (1983-1984) s. 28

⁵⁰ Rt-2010-449 avsnitt 10

⁵¹ Ot.prp.nr. 23 (1983-1984) s. 29.

⁵² Rt-1997-426 på s. 427

⁵³ Rt-2005-1473 premiss 7

⁵⁴ Rt-1999-1008 på s. 1010

⁵⁵ Ot.prp.nr. 23 (1983-1984) s. 29

⁵⁶ Rt-1995-471 på s. 472

Uaktsom overtredelse og medvirkning til overtredelse av strl. § 162 er straffbart, jf. hhv. strl. § 162 fjerde og femte ledd.

Enkelte av de skjulte tvangsmidlene kan også tas i bruk ved ”skjellig grunn” til mistanke om overtredelse av strl. § 317 jf § 162. Henvisningen retter seg mot hvitvasking og heleri knyttet til narkotikaforbrytelser, jf. strl. § 317 femte ledd.

Strl. § 317 første ledd skiller mellom heleri og hvitvasking. Den som ”mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling” kan straffes for heleri, den som ”yter bistand til å sikre slikt utbytte for en annen” kan straffes for hvitvasking.

Etter strl. § 317 fjerde ledd regnes overtredelsen som grov. Ved utbytte fra narkotikaforbrytelse skal det også legges vekt på art og mengde av stoffet utbyttet knytter seg til, jf. strl. § 317 fjerde ledd annet punktum. Strafferammen for grov overtredelse er inntil 6 år, men inntil 21 år der utbyttet knytter seg til en narkotikaforbrytelse og det foreligger ”særdeles skjerpende omstendigheter”, jf. strl. §317 femte ledd.

”særdeles skjerpende omstendigheter” er en generell utvidelse av strafferammen, hvilket innebærer at der utbyttet stammer fra en narkotikaforbrytelse og overtredelsen er grov, er strafferammen alltid 21 år.^{60 61}

⁵⁷ Rt-1988-314 på s. 325

⁵⁸ Rt-1989-685 på s. 688

⁵⁹ Rt-1997-1667 på s. 1670.

⁶⁰ Rt-1997-1839 på s. 1841

⁶¹ Rt-1999-787 på s. 789

En person som har overtrådt strl. § 317 kan straffes selv om ingen kan straffes for handlingen utbyttet stammer fra, jf. strl. § 317 tredje ledd. Uaktsomme overtredelser er straffbart etter strl. § 317 sjette ledd og har en strafferamme på bøter eller fengsel inntil 2 år.

Kriminalitetsalternativet om mistanke om overtredelse av strl. §§ 162 eller 317 jf. 162 har en viss selvstendig betydning ved siden av det generelle vilkåret om strafferamme. De skjulte tvangsmidlene kunne imidlertid vært tillatt i de fleste tilfeller uansett på bakgrunn av de høye strafferammene i bestemmelsene. Kampen mot narkotika har i de siste årene vært en fanesak i norsk strafferett, noe som kan forklare særbestemmelsen. Som det uttrykkes av Politimetodeutvalget, utgjør narkotikakriminalitet ”et av hovedproblemene i det norske kriminalitetsbildet” både fordi slik kriminalitet ”genererer en rekke andre lovbrudd, men også fordi den i omfang øker og stadig blir vanskeligere å bekjempe”.⁶²

2.3.6 Overtredelse av eksportkontrolløven

Teknisk sporing av person og kommunikasjonsavlytting kan tillates⁶³ ved skjellig grunn til mistanke om overtredelse av eksportkontrolløven⁶⁴ § 5. Ekspktrl. § 5 setter straff for overtredelse av eksportkontrolløvens bestemmelser med tilhørende forskrifter. Strafferammen etter ekspktrl. § 5 er inntil fem år samt bøter, og har derfor selvstendig betydning ved siden av det alminnelige kriminalitetskravet på ”10 år eller mer”.

Etter ekspktrl. § 5 første ledd alternativ en, er det straffbart å utføre eller søke å utføre varer, teknologi eller tjenester som kan være av betydning for andre lands utvikling. Produksjon eller anvendelse av produkter til militært bruk eller som kan bidra til å utvikle et lands militære evne, er også forbudt etter dette alternativet. Det samme gjelder varer og tjenester som kan benyttes til å utøve terrorhandlinger etter strl. § 147a, jf. ekspktrl. § 1 første ledd.

⁶² NOU 2004:6 s. 163.

⁶³ strpl. §§ 202c første ledd og 216a første ledd bokstav b.

⁶⁴ Lov av 18. des. 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. (heretter kalt ekspktrl.)

Etter ekspktrl. § 5 annet alternativ, er det videre straffbart å overtre eller søke å overtre vilkår som er satt for tillatelse av utførsel av strategiske varer, tjenester og teknologi som nevnt i ekspktrl. § 1 første ledd.

Tredje alternativ i ekspktrl. § 5 setter forbud for den som muntlig eller skriftlig gir uriktige opplysninger som er av betydning for adgangen til å utføre varer, teknologi eller tjenester, når dette skjer i erklæring avgitt til bruk for offentlig myndighet m.v. i anledning av utførsel eller søknad om tillatelse til utførsel, jf. ekspktrl. § 5 tredje alternativ bokstav a. Bokstav b i samme bestemmelse setter forbud for den som gir erklæring som skal sette en annen i stand til å gi erklæring som nevnt i ekspktrl. § 5 tredje alternativ bokstav a.

Til slutt setter ekspktrl. § 5 forbud mot den som på annen måte overtrer eller søker å overtre bestemmelser gitt i loven, jf. bestemmelsens fjerde alternativ. Medvirkning og uaktsom overtredelse er også straffbart etter ekspktrl. § 5 første ledd annet og tredje punktum.

2.4 Forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a

For at politiet skal kunne benytte seg av de skjulte tvangsmidlene er det et vilkår om at inngrepet ikke må være ”uforholdsmessig” eller ”uhensiktsmessig”, jf. strpl. § 170a. Strpl. § 170a innebærer at selv om alle prosessuelle og materielle vilkår for å ta i bruk tvangsmiddelet ellers er til stede kan tvangsmiddelet ikke benyttes fordi det vil være uforholdsmessig eller uhensiktsmessig. Strpl. § 170a får ikke bare betydning ved beslutning om å sette i gang et tvangsmiddel, men får også betydning for hvor lenge tvangsmiddelet skal opprettholdes. Strpl. § 170a kom inn med lov at 3. desember 1999 nr. 82 og svarer til tidligere strpl. §§ 240 og 174 første ledd for henholdsvis strpl. § 170a første og annet punktum. Rettspraksis før endringsloven vil derfor være av relevans.

2.4.1 Hensiktsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a første punktum.

Strpl. § 170a første punktum gir anvisning på en hensiktsmessighetsvurdering, og går således noe videre enn forholdsmessighetsvurderingen i annet punktum. Vurderingstemaet for første punktum er hvorvidt tvangsmiddelet er hensiktsmessig og ønskelig på avgjørelses-tidspunktet.⁶⁵ F.eks. kan det stilles spørsmål om hvor hensiktsmessig det er å ta i bruk kommunikasjonsavlytting for fremskaffe bevis mot en person som er mistenkt for overlagt drap etter strl. § 233 annet ledd dersom man for øvrig har tunge bevis mot siktede. I hensiktsmessighetsvurderingen vil det være relevant å vurdere selve tvangsmiddelet, i det de skjulte tvangsmidlene er av svært inngripende art fordi det er snakk om inngrep i mistenktes privatliv uten mistenktes kunnskap.

2.4.2 Forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a annet punktum

Strpl. § 170a annet punktum gir uttrykk for det generelle forholdsmessighetsprinsippet i strafferetten. Vurderingstemaet i bestemmelsen er hvorvidt tvangsmiddelet på grunn av ”sakens art” og ”forholdene ellers” vil være ”uforholdsmessig”. Skal det foretas ny vurdering om bruken av tvangsmiddelet, f.eks. om telefonavlyttingen skal forlenges, er ikke retten bundet av tidligere forholdsmessighetsvurdering.⁶⁶ Etter ordlyden er vurderingstemaet svært vidt, ”sakens art og forholdene ellers” innebærer at alle relevante forhold tas med i vurderingen, også mistenktes sosiale og økonomiske forhold.

Hvorvidt inngrepet vil være forholdsmessig eller ikke, kan uttrykkes i tre vurderingstemaer.⁶⁷ For det første må den straffbare handlingen vurderes, dette vurderingstemaet kan knyttes opp mot hensiktsmessighetsvurderingen i første punktum. Her skal selve den straffbare

⁶⁵ jf. Rt-1986-760 på s. 761 og 762.

⁶⁶ Rt-2000-310

⁶⁷ Hov (2009) s. 492.

handlingen vurderes; hvor grov er overtredelsen?⁶⁸ For de skjulte tvangsmidlene sin del er det i utgangspunktet bare de grove overtredelser som gir anledning til å ta dem i bruk, og dette vurderingstemaet vil derfor ofte ikke være like relevant.

For det annet må det vurderes hva som kan oppnås ved bruk av tvangsmiddelet, altså bevisets verdi.⁶⁹ Spørsmålet er om bruken av tvangsmiddelet er uforholdsmessig sett i forhold til de bevis som kan erverves, og videre om bevisene kan erverves med mindre inngripende tiltak. Videre vil spørsmålet om fortsatt bruk av tvangsmiddelet være relevant her. Selv om det var forholdsmessig å sette i gang kommunikasjonsavlytting i første omgang kan det være uforholdsmessig at avlyttingen fører over flere uker.

For det tredje vil mistenktes forhold være av betydning. Inn under denne vurderingen går mistenktes forhold av økonomisk og sosial art, typisk om mistenkte kan miste jobben, om andre kan bli skadelidende f.eks. som følge av at mistenkte er eneforsørger. Her må retten legge til grunn det den finner mest sannsynlig.⁷⁰ Dette er momenter som får større betydning ved fengsling enn ved de skjulte tvangsmidlene som mistenkte ikke har noen kunnskap om.

Ved avgjørelse om bruk av de skjulte tvangsmidlene skal det komme frem at forholdsmessigheten er vurdert, det kreves imidlertid ikke at retten går nærmere inn på hvorfor den mener det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep å foreta tvangsmiddelet.⁷¹

Strpl. § 216f inneholder en presisering av forholdsmessighetsprinsippet og bestemmer at tvangsmiddelet skal opphøre før utløpet av fristen satt i rettens kjennelse dersom vilkårene

⁶⁸ Rt-1997-1737

⁶⁹ Rt-2010-1269

⁷⁰ Rt-2000-1713

⁷¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 146.

ikke lenger er til stede eller tvangsmiddelet anses uhensiktsmessig. Bestemmelsen gjelder for hemmelig ransakning, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting.⁷²

2.5 Vesentlighetsvilkåret

For å ta i bruk hemmelig ransakelse, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting⁷³ er det krav om at bruken må være av ”vesentlig betydning for å oppklare saken”, og at ”oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at tvangsmiddelet kun skal benyttes i unntakstilfeller, og at bruken må være avgjørende for å oppklare saken. Ordlyden må sees under ett og er en presisering av forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a. Det sentrale ved vurderingen er at tvangsmiddelet bare kan benyttes når andre alternative etterforskningsmetoder ikke er tilstrekkelig.

Tvangsmiddelet må videre fremstå som velegnet. Politiets begjæring bør inneholde en redegjørelse for hvorfor andre etterforskningsmetoder ikke anses tilstrekkelig og hva som taler for bruken av det konkrete tvangsmiddelet.⁷⁴

Etter bestemmelsens ordlyd er det ikke nødvendig at andre etterforskningsmetoder faktisk er prøvd ut, jf. ”antas”. Det kan neppe oppstilles noe krav om sannsynlighetsovervekt for at

⁷² jf. strpl. §§ 200a femte ledd jf. 216f annet ledd, 202c sjette ledd in fine jf 216f annet ledd, 216f annet ledd jf. 216a, 216f annet ledd jf. 216b og 216m femte eldd jf. 216f annet ledd

⁷³ strpl. §§ 200a annet ledd, 202c annet ledd første punktum, 216c første ledd jf. 216a, 216c første ledd jf. 216b, 216m tredje ledd

⁷⁴ Bjerke/Keiserud (2001) s. 748 punkt 2 annet avsnitt

bare det aktuelle tvangsmiddelet vil føre frem, men det må foreligge mer enn en ren formodning.⁷⁵

2.6 Oppnevning av advokat etter strpl. § 100a

Når de ordinære tvangsmidlene tas i bruk mot en mistenkt får han status som siktet etter strpl. § 82 første ledd. Status som siktet gir en rekke rettigheter som f.eks. oppnevning av en forsvarer etter strpl. § 94 første ledd første punktum. Siktete har også muligheten til å angripe vedtaket om bruk av tvangsmidler, og har krav på ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin offentligoppnevnte forsvarer, jf. strpl. § 186 (gjelder fengsling). siktete har med andre ord mulighet for kontradiksjon.

Når det besluttes å bruke de skjulte tvangsmidlene får personen imidlertid ikke status som siktet, dette følger av strpl. § 82 tredje ledd første punktum. Mistenkte får ikke status som siktet før underretning om at tvangsmiddelet er tatt i bruk, jf. annet punktum. Som en konsekvens av dette får han eller hun heller ikke oppnevnt noen offentlig forsvarer, og har heller ingen mulighet for å angripe vedtaket og har ingen mulighet for kontradiksjon. For å bøte på den manglende kontradiksjonen skal det oppnevnes en offentlig advokat for mistenkte etter strpl. § 100a.

Hvilke tvangsmidler det skal oppnevnes en offentlig advokat for følger av strpl. § 100a første ledd. For denne fremstillingens vedkommende omfattes hemmelig ransakning, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting. Videre følger det av første ledd første punktum at det er retten som skal oppnevne offentlig advokat og dette innebærer at offentlig advokat ikke oppnevnes når påtalemyndighetene benytter sin hastekompetanse som i strpl. § 200a sjette ledd, jf. § 216d.⁷⁶ Uriktig unnlatelse av å oppnevne offentlig advokat er en relativ og ikke en absolutt saksbehandlingsfeil,⁷⁷ slik at feilen kun

⁷⁵ Bjerke/Keiserud (2001) s. 748 punkt 2 tredje avsnitt.

⁷⁶ ibid s. 411 punkt 2.

⁷⁷ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 144

skal tillegges betydning om den kan antas å ha innvirket på dommens innhold, jf. strpl. § 343 tredje ledd.

Strpl. § 100a annet ledd bestemmer hvilke oppgaver og rettigheter den offentlige advokaten har. Advokaten skal ivareta den mistenktes interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen samt gjøre seg kjent med begjæringen og grunnlaget for den. Etter forarbeidene forutsettes det at advokaten er spesielt aktiv og spørrende ovenfor påtalemyndigheten.⁷⁸ I motsetning til en vanlig forsvarer har advokaten selvstendig ankerett, ved anke gjelder bestemmelsene i kapittel 26 så langt de passer, jf. strpl. § 100a annet ledd tredje og fjerde punktum.

Det som i hovedsak skiller en offentlig advokat fra en ordinær forsvarer er at advokaten ikke kan sette seg i kontakt med den mistenkte, jf. strpl. § 100a tredje ledd første punktum. Advokaten har taushetsplikt overfor sin klient og brudd på denne plikten kan straffes etter strl. § 121. Forarbeidene anbefaler at samme advokat brukes under hele prosessen for å hindre spredning av taushetsbelagt informasjon.⁷⁹ Den som har vært offentlig advokat for mistenkte bør ikke være forsvarer for siktede på et senere steg i saken og retten har hjemmel for å nekte denne å utføre dette oppdraget etter strpl. § 100a fjerde ledd.

Ettersom saker etter strpl. § 100a stiller særlige krav til rettens, påtalemyndighetens og advokatens håndtering av dokumenter har Oslo Tingrett etablert særlige administrative rutiner for disse sakene.⁸⁰

⁷⁸ *ibid* s. 144.

⁷⁹ *ibid* s. 145.

⁸⁰ Oslo byretts rundskriv 4. desember 2000 (nr.7/2000).

2.6.1 Når skal mistenkte underrettes om bruken av tvangsmiddelet?

Det sentrale ved de skjulte tvangsmidlene er nettopp det at mistenkte ikke blir underrettet om at tvangsmiddelet er besluttet. Etter at hemmelig ransakning og teknisk sporing av person er gjennomført er utgangspunktet at mistenkte skal underrettes.⁸¹ For kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting skal underretting gis på begjæring, og tidligst ett år etter at kontrollen er avsluttet.⁸²

Underretning kan utsettes også etter at tvangsmiddelet er gjennomført. For kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting kan slik utsettelse gis dersom underretning vil være til skade for etterforskningen eller der andre forhold taler for det.⁸³

Ved hemmelig ransakelse og teknisk sporing av person kan utsettelse bare gis dersom det er ”strengt nødvendig for etterforskning i saken”.⁸⁴ Etter en naturlig språklig forståelse er dette et meget strengt vilkår, det følger videre av forarbeidene at mye skal til før slik tillatelse gis.⁸⁵ Beslutning om utsatt underretning skal tas av retten ved kjennelse, jf. strpl. § 52. For teknisk sporing av person kan påtalemyndigheten selv fatte beslutningen ved saker om overtredelse av strl. kapittel 8 eller 9.

Er det foretatt hemmelig ransakning eller teknisk sporing av person, kan utsatt underretning besluttet for inntil 8 uker av gangen. For hemmelig ransakning kan det besluttet utsatt underretning for inntil 6 måneder av gangen ved mistanke om overtredelse av strl. kap. 8 og 9

⁸¹ strpl. §§ 200a fjerde ledd første punktum, 202c femte ledd annet punktum

⁸² strpl. §§ 216j første og annet ledd jf. 216a og 216b, 216m siste ledd jf. 216j tredje punktum

⁸³ strpl. §§ 216j tredje ledd jf. 216a og 216b, 216m siste ledd jf. 216j tredje punktum

⁸⁴ strpl. §§ 200a tredje ledd annet punktum, 202c sjette ledd

⁸⁵ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 147.

(forbrytelser mot staten og statsforfatningen). Kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting har ingen begrensning på hvor lenge utsettelse kan gis.

Subsidiært kan det i disse sakene besluttes at underretning unnlates helt. Ved hemmelig ransaking og teknisk sporing av person skal underretning senest gis når tiltale tas ut. Dette må være avgjørende også der underretning utsettes for 6 måneder etter strpl. § 200a tredje ledd fjerde punktum, men kan ikke ha noen videre betydning der underretning er helt unnlatt.⁸⁶

Etter forarbeidene tar adgangen til å helt unnlate underretning sikte på situasjoner hvor det vil by på særlige problemer å gi slik underretning. For hemmelig ransaking bemerker departementet bemerker videre at det bør foreligge mer tungtveiende grunner enn ellers for helt å unnlate underretning der ransakingen er foretatt i et privat hjem.⁸⁷

2.7 Prosessuelle krav og formkrav

For de fleste ordinære tvangsmidler er kompetanse til å fatte vedtak om tvangsmidler lagt til politiet, jf. strpl. § 67 første ledd. Med politiet menes her påtalemyndighet som hører under en politimester. I enkelte tilfeller kan også den enkelte polititjenestemann og til og med en privatperson fatte vedtak om å ta i bruk tvangsmidler. Etter strpl. § 176 kan en politimann ved ”fare for opphold” foreta en pågripelse, det samme gjelder enhver annen som treffer eller forfølger den mistenkte på ”ferske spor” eller ”fersk gjerning”. Enhver person vil også ut fra alminnelige nødvergebetraktninger ha mulighet til å gripe inn overfor en gjerningsmann som blir tatt på fersk gjerning.

⁸⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 147.

⁸⁷ *ibid* s. 147

Ettersom de skjulte tvangsmidlene anses som særdeles inngripende overfor mistenkte er det for disse til dels andre krav til hvem og hvordan avgjørelsen kan fattes. Disse vilkårene må være oppfylt i tillegg til de materielle vilkårene.

2.7.1 Den subjektive kompetansen til å fatte vedtak.

For å sette i verk hemmelig ransakelse, skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting er det et vilkår om at det er "retten" som fatter vedtaket⁸⁸. Med "retten" menes i dette tilfellet tingretten, jf. strpl. § 5. Hvilken tingrett begjæringen skal legges frem for avhenger av strpl. § 12. Etter strpl. § 12 skal "Enkeltstående rettshandlinger" foretas i den rettskrets der personen bor, oppholder seg eller der den ting som rettshandlingen gjelder antas å være. "Enkeltstående rettshandlinger" er alle rettshandlinger som ikke er en del av hovedforhandlingen.⁸⁹ Bestemmelsen skal forstås som veiledende hovedregel, jf. uttrykket "som regel" i strpl. § 12. Strpl. § 12 er et unntak til den generelle regel om at hovedforhandlingen skal holdes i den rettskrets den straffbare handlingen er funnet sted, jf. strpl. § 10. At avgjørelsesmyndigheten er lagt til retten har den konsekvens at det også skal oppnevnes offentlig advokat etter strpl. § 100a.

2.7.2 I hvilken form må vedtaket besluttes?

I tillegg til at beslutningsmyndigheten er lagt til "retten" er det krav til avgjørelsesformen. For å foreta hemmelig ransakelse, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting må retten fatte sin avgjørelse som "kjennelse". Kjennelse skal ha grunner etter strpl. § 52. Retten står i utgangspunktet ganske fritt vedrørende hvor utførlige grunnene må være, men retten må som utgangspunkt angi det faktum beslutningen bygger

⁸⁸ jf. strpl. § 200a første ledd første punktum, jf. § 202 annet ledd første punktum, jf. 202c første ledd første punktum, jf. § 216a første ledd første punktum, jf. § 216b første ledd første punktum, jf. § 216m første ledd første punktum.

⁸⁹ Gyldendal Rettsdata Lovkommentarer til Straffeprosessloven note 49.

på og den rettsanvendelsen som er lagt til grunn⁹⁰. Grunnene kan gjøres mer summarisk enn ved avsigelse av dom⁹¹.

For å sette i gang skjult fjernsynsovervåkning er det ikke noe krav om at retten treffer sin avgjørelse som kjennelse. Dette innebærer at avgjørelsen kan fattes som formløs beslutning, jf. strpl. § 53. At avgjørelse fattes som beslutning har den konsekvensen at det ikke avholdes rettsmøte,⁹² således oppnevnes det ikke offentlig advokat etter strpl. § 100a. Beslutninger kan imidlertid ankes av påtalemyndigheten.⁹³ Ettersom mistenkte ikke blir underrettet jf. strpl. § 202a tredje ledd, har hverken han, henne eller andre som rammes av tvangsmiddelt mulighet til å anke beslutningen om å iverksette skjult fjernsynsovervåkning av offentlig sted.

2.7.3 Politiets hastekompetanse

Som et alternativ til rettens kjennelse kan påtalemyndigheten fatte beslutning om hemmelig ransakelse, teknisk sporing på person, kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting.⁹⁴ For at slik kompetanse skal kunne utøves er det et vilkår om at ”det ved opphold er stor fare for at etterforskningen kan lide”, jf. strpl. § 216d første ledd første punktum. Bestemmelsen kom inn i loven ved lov av 5 juni 1992 nr. 52 og er senere blitt endret flere ganger. Begrunnelsen for strpl. § 216d er at for de tilfellene det er aktuelt å benytte de skjulte tvangsmidlene, kan det være nødvendig å aksjonere raskt slik at bevis ikke går tapt, særlig gjelder dette telefonavlytning. Behovet vil være særlig stort på tider tingretten ikke er åpen, som lørdager, søndager og helligdager.

⁹⁰ Gyldendal Rettsdata Lovkommentarer til Straffeprosessloven note 249.

⁹¹ ibid note 249

⁹² ibid note 1291

⁹³ jf. strpl. § 53, jf. § 52 annet ledd annet punktum

⁹⁴ jf. strpl. § 200a sjette ledd annet punktum, jf. § 202c tredje ledd annet punktum, jf. § 216a jf. § 216d, jf. § 216b jf. § 216d, jf. § 216m sjette ledd jf. § 216d

Ordlyden i seg selv gir liten veiledning for når vilkåret er oppfylt. Etter en naturlig språklig forståelse og sammenhengen i bestemmelsen må det imidlertid være klart at der det ikke er tid til å innhente rettens samtykke og etterforskningen vil lide skade dersom man venter på rettens samtykke, vil vilkåret være oppfylt. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er tiltenkt de tilfeller der det fremstår som nærliggende at viktige opplysninger kan gå tapt. Videre må det antakeligvis foreligge sannsynlighetsovervekt for at det både er stor fare og at det er viktig for etterforskningen å sette i verk tvangsmiddelet. Det er ikke tilstrekkelig at det er mest bekvemt for politiet å sette i gang uten rettens godkjenning.⁹⁵

Påtalemyndighetens hastekompetanse er kun midlertidig. Det følger av strpl. § 216d første ledd annet punktum at beslutningen snarest mulig og senest innen 24 timer etter at den ble tatt skal forelegges retten for godkjenning. Det følger av forarbeidene at det er nok at begjæring er kommet inn til retten innen 24 timer.⁹⁶ I enkelte tilfeller kan det være problematisk å forelegge begjæringen for retten innen 24 timer, f.eks. om tvangsmiddelet besluttet på en lørdag. Strpl. § 216d inneholder derfor et unntak i første ledd tredje punktum om at fristen forlenges til retten åpner dersom fristen i utgangspunktet ville falt utenfor rettens ordinære kontortid.

Dersom påtalemyndigheten oversitter fristen for å legge frem begjæringen må retten likevel godkjenne den videre bruken av tvangsmiddelet om vilkårene for øvrig er til stede.⁹⁷

Retten må på vanlig måte ta stilling til om de materielle vilkårene for å ta i bruk tvangsmiddelet var til stedet, inkludert om bruken var forholdsmessig. Videre må retten ta stilling til om vilkårene for å benytte hastekompetansen var til stede, jf. strpl. § 216d første ledd femte punktum.

⁹⁵ Ot.prp.nr. 40 (1991-1992) s. 41.

⁹⁶ ibid s. 42.

⁹⁷ ibid s. 42 annet avsnitt.

For å foreta teknisk sporing av gjenstand er det påtalemyndighetens beslutningskompetanse som er hovedregelen.⁹⁸ Årsaken til at kompetansen her er lagt til politiet, er at dette er et tvangsmiddel av mindre inngripende art enn de øvrige. Videre kan det i disse tilfellene være svært viktig at beslutningen tas så raskt som mulig. For hvem som har kompetanse til å beslutte bruk av hastekompetansen vises det til strpl. § 216d annet ledd i § 202b annet ledd.

I utgangspunktet tilligger kompetansen til å beslutte bruk av hastekompetansen hos politimesteren eller visepolitimesteren, jf. strpl. § 216d annet ledd. Bakgrunnen for at det i utgangspunktet er politimesteren som er tillagt kompetansen er at avgjørelsene anses som såpass inngripende og viktige at de bør legges på høyest mulig nivå for å sikre at vurderingen blir så grundig som mulig.⁹⁹ Begrensing til kun politimesteren kunne imidlertid bli problematisk i hastesaker og bestemmelsen har derfor blitt utvidet i to omganger.^{100 101}

Nå omfattes også politimesterens faste stedfortreder¹⁰² og andre av påtalemyndighetens tjenestemenn i ledende stillinger innen politiet¹⁰³ av bestemmelsen.

Overordnet påtalemyndighet, som statsadvokaten, vil på vanlig måte alltid ha samme kompetanse som underordnet myndighet og i saker om skjult ransakelse av redaksjonslokaler er det alltid statsadvokaten som skal fatte beslutningen ved opphold.¹⁰⁴

⁹⁸ jf. strpl. § 202b første ledd første punktum.

⁹⁹ Bjerke/Keiserud (2001) side 751 note 4.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 40 (1991-1992) s. 37

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 26 (1993-1994) s. 2-3.

¹⁰² jf. strpl. § 216d annet ledd annet punktum

¹⁰³ jf. strpl. § 216d annet ledd fjerde punktum

¹⁰⁴ jf. strpl. § 200a sjette ledd tredje punktum jf. § 197 annet ledd annet punktum.

2.7.4 Nødrett

Nødrett innebærer at en ellers straffbar handling gjøres straffri begrunnet i at handlingen er foretatt med sikte på å redde liv, legeme eller gjenstand. Strl. § 47 inneholder en generell nødrettsbestemmelse, og sikter i hovedsak til ellers ulovlige handlinger. De skjulte tvangsmidlene er ansett som særdeles inngripende, og er utførlig regulert med sikte på hvem som skal ha beslutningskompetanse og hvilket kriminalitetskrav som gjelder for at tvangsmidlene skal kunne benyttes. Videre er påtalemyndigheten gitt kompetanse til å fatte beslutningen selv i hastesaker.

Andenæs har uttalt at ” Straffeprosessen består i stor utstrekning av regler som avveier hensynet til å oppklare saken mot andre hensyn. Reglene gjelder uansett om saken er mer eller mindre viktig, og om mistanken er mer eller mindre sterk. At politiet skulle kunne sette seg ut over de prosessuelle regler ut fra et konkret skjønn over hvor viktig det er å få saken oppklart, er fremmed for vårt straffeprosessuelle system.”¹⁰⁵

Sitatet er eldre enn bestemmelsene om de skjulte tvangsmidlene, men er fortsatt relevant. Selv om politiet nå har lovbestemmelser som hjemler skjulte tvangsmidler innebærer ikke dette at de kan sette seg ut over hjemlene. Lovbestemmelsene er en avveining av hvilket behov politiet har for skjulte tvangsmidler, mot mistenktes personvern, og det er således mindre grunnlag for utvidet bruk nå enn tidligere, ettersom lovgiver nå har tatt stilling til spørsmålet.

Samfunnet er i stadig utvikling og kriminaliteten utvikler seg i tråd med samfunnet. Man kan således komme opp i en situasjon der en handling burde vært kriminalisert, men ennå ikke har blitt det fordi lovgiver ikke har rukket å vurdere spørsmålet.. Videre kan det i fremtiden være behov for å bruke nye typer skjulte tvangsmidler som i dag ikke er lovregu-

¹⁰⁵ Andenæs (1990) s. 159.

lert. For at nødrett skal kunne aksepteres ut fra slike synspunkter må det imidlertid være tale om handlinger som kan ramme sentrale samfunnsinteresser.¹⁰⁶

2.7.5 Rettsmidler

Rettens kjennelse om å tillate bruk av tvangsmiddelet eller ikke, kan ankes. For mistenktes del er det advokat oppnevnt etter strpl. § 100a som har ankerett.¹⁰⁷ Etter strpl. § 100a annet ledd fjerde punktum gjelder bestemmelsene i kapittel 26 så langt de passer. Å gå i dybden på ankeadgangen vil sprengte rammene for denne fremstillingen, det vises bare til strpl. § 381 tredje ledd annet punktum om at der påtalemyndigheten er den ankede part gis ikke melding om anke til mistenkte, noe som for så vidt er helt naturlig da melding vil undergrave bruken av tvangsmiddelet.

2.8 Hvilke spesielle vilkår gjelder for de enkelte skjulte tvangsmidlene?

Temaet i denne delen er de enkelte skjulte tvangsmidlene og hvilke særlige vilkår som gjelder for at de skal kunne tas i bruk. Til tross for at flere av bestemmelsene er til dels likt utformet er det enkelte ulikheter og særlige vilkår som gjelder. Nedenfor følger derfor en grundigere gjennomgang av de enkelte skjulte tvangsmidlene.

2.8.1 Hemmelig ransakelse

For at hemmelig ransakelse skal kunne settes i verk må en person være mistenkt med ”skjellig grunn” for en straffbar handling som kan medføre fengsel i ”10 år eller mer”, ”eller som rammes av strl. §§90, 91, 91a, 94 jf. 90, 104a første ledd annet punktum eller 104 a annet ledd jf. førsteledd annet punktum eller av strl. §§ 162 eller 317 jf. § 162”.¹⁰⁸

I strpl. § 200a fjerde ledd annet punktum kommer det frem at mistenkte og andre som rammes skal underrettes dersom det er tatt beslag som følge av ransakningen. Videre skal

¹⁰⁶ NOU 2009:15 s. 443

¹⁰⁷ strpl. § 100a annet ledd tredje punktum

¹⁰⁸ jf. strpl. § 200a første ledd.

de underrettes om adgangen etter strpl. § 208 til å få prøvd beslaget rettslig. Dersom retten har besluttet at underretning skal unnlates kommer ikke denne bestemmelsen til anvendelse.

Det er videre bestemt i strpl. § 200a femte ledd at strpl. § 208a fjerde ledd annet og tredje punktum kommer til anvendelse også for hemmelig ransakning. Strpl. § 208a befinner seg i strpl. kap. 16 om beslag. Strpl. § 208a fjerde ledd første punktum bestemmer at retten ved kjennelse kan pålegge besitteren av en gjenstand det tas beslag i å bevare taushet om beslaget. For hemmelig ransakning er det strpl. § 208a annet og tredje punktum som gjelder.

Etter strpl. § 208a fjerde ledd annet punktum bestemmer at når særlige grunner tilsier det kan pålegg om å bevare taushet om den hemmelig ransakningen også gis andre, f.eks. forbipasserende. Om kravet til ”særlige grunner” uttaler forarbeidene at dette må sees i sammenheng med strpl. § 208a fjerde ledd første punktum, altså at det skal mer til å pålegge andre taushet enn besitteren. Da strpl. § 208a fjerde ledd første punktum ikke gjelder for hemmelig ransakning innebærer dette at vurderingen må være om det foreligger særlige grunner for å pålegge tredjeperson taushet om ransakningen da det ellers vil forspille formålet med tvangsmiddelet.

Strpl. 208a fjerde ledd tredje punktum innskrenker adgangen til å gi pålegg om taushet. Slikt pålegg kan ikke gis til personer som omfattes av strpl. § 122 første og annet ledd, altså nærstående familie og tidligere nærstående familie. Personer etter strpl. § 122 tredje ledd er imidlertid ikke unntatt slik at forlovede og fosterfamilie kan pålegges taushet, og det samme gjelder for andre medlemmer av husstanden som ikke omfattes av strpl. § 122 første og annet ledd.

Brudd på taushetsplikt pålagt av retten etter strpl. § 208a fjerde ledd annet og tredje punktum er straffbart etter strl. § 132a.

Strpl. § 200a syvende ledd bestemmer at reglene i strpl. kap. 15 gjelder så langt de passer. Her er det viktig å merke seg strpl. § 201 om at ransakning skal foretas så skånsomt som forholdene tillater.

Tredjemann som rammes av ransakningen, eventuelle beslag og taushetspålegg får ikke offentlig advokat, men kan etter omstendighetene kreve utgiftene til advokatbistand m.v. dekket etter strpl. § 448.¹⁰⁹

2.8.2 Skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted.

For å ta i bruk skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted kreves det at det foreligger ”skjellig grunn” til mistanke om en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn ”fengsel i 6 måneder”.

I motsetning til hva som gjelder for de andre skjulte tvangsmidlene er det ikke noe krav til at mistanken må rette seg mot en bestemt person. Hensikten med den skjulte overvåkningen kan nettopp være å identifisere lovbrøyttere.

Strpl. § 202a omfatter bare skjult fjernsynsovervåkning på ”offentlig sted”, hvilket innebærer at det ikke er adgang til å fjernsynsovervåke private hjem. Etter strl. § 7 nr. 1 anses ”offentlig sted” som ”ethvert almindelig Færdsel bestemt eller almindelig befærdet Sted” altså ethvert område som er åpent for allmennheten, og hvor det foregår ferdsel stadig eller leilighetsvis.¹¹⁰ En privat vei kan også anses som offentlig sted dersom den er alminnelig befærdet.¹¹¹

¹⁰⁹ Straffeprosessloven Kommentartutgave 2001 s. 700 punkt. 9

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) s. 57

¹¹¹ Rt-1930-1076 på side 1077

Det er ikke noe krav at den eller de kriminelle handlingene det er mistanke om at er begått, er begått på offentlig sted. Skjult fjernsynsovervåkning kan benyttes uansett om vilkårene for øvrig er oppfylt, selve overvåkningen kan imidlertid bare foretas på offentlig sted.¹¹²

For å benytte skjult fjernsynsovervåkning er det videre et vilkår at tvangsmiddelet ”vil være av vesentlig betydning for etterforskningen” jf. strpl. § 202a første ledd første punktum. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være sannsynlighetsovervekt for at tvangsmiddelet er av vesentlig betydning, jf. ”vil være”. Det uttrykkes imidlertid i forarbeidene at tvangsmiddelet må være det eneste mulige tvangsmiddelet, men at det må stilles krav til at tvangsmiddelet ”på en kvalifisert måte vil være til hjelp for å avdekke de straffbare forhold, sikre bevis osv.”¹¹³

Skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted skjer typisk på større områder der det ferdes mange mennesker daglig, jf. definisjonen på offentlig sted i strl. § 7 nr. 1. Overvåkning etter strpl. § 202a skaper da en god del data på vanlige menneskers liv som er uten interesse for selve etterforskningen av den eller de straffbare handlingene det er mistanke om. Slik personinformasjon kaller gjerne overskuddsinformasjon og spørsmålet som reiser seg er hva politiet må gjøre med denne overskuddsinformasjonen.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at all personinformasjon skal slettes når det ikke lenger er behov for den. Problematikken med overskuddsinformasjonen som genereres etter strpl. § 202a er at det er vanskelig å vite under selve etterforskningen hvilken informasjon som vil være relevant i denne saken eller senere saker.

Strpl. § 202a inneholder ingen bestemmelse om hva som skal skje med denne overskuddsinformasjonene. Forarbeidene har heller ikke tatt stilling til spørsmålet, men viser til at

¹¹² Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) s. 60.

¹¹³ ibid s. 60

samme problemstilling vil være relevant også ved automatisk trafikkontroll.¹¹⁴ Det antas at overskuddsinformasjon innhentet ved lovlig bruk av strpl. § 202a både kan brukes som grunnlag for etterforskning av det aktuelle lovbrudd og som bevis om andre forhold. Antakelsen har sin bakgrunn i prinsippet om fri bevisførsel, f.eks. kan informasjon som politiet får tak i under en ordinær ransakelse kan fritt brukes som bevis mot en annen person i en senere straffesak. Til støtte for dette vises det til Rt-1990-1008 der Høyesterett tillot bruk av informasjon innhentet ved automatisk trafikkontroll ved en senere straffesak for et annet forhold enn trafikkforseelsen.¹¹⁵ Strpl. § 216i kommer ikke til anvendelse på dette forholdet.

Etter strpl. § 202a annet ledd annet punktum skal tillatelse til å sette i verk skjult fjernsyns-observasjon gis for et bestemt tidsrom som ikke skal være lengre enn strengt nødvendig og ”høyst 4 uker”. Ut fra ordlyden i bestemmelsen ser det ut til at tidsrommet ikke kan forlenges ut over 4 uker. Forarbeidene presiserer imidlertid at det kun kan besluttes 4 uker av gangen, men at retten fritt kan beslutte ny observasjon etter dette så lenge vilkårene fortsatt er til stede.¹¹⁶

Tredje ledd i strpl. § 202a regulerer partsstillingen. Dersom en bestemt person er mistenkt underrettes ikke han eller hun, og personen får ikke stilling som siktet, jf. strpl. § 82 tredje ledd. Ettersom det ikke avholdes rettsmøte ved avgjørelsen om å gi tillatelse, oppnevnes heller ingen offentlig advokat etter strpl. § 100a.

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) s. 60.

¹¹⁵ Rt-1990-1008 på side 1011

¹¹⁶ Ot.prp.nr. 56 s. 60.

2.8.3 Teknisk sporing av gjenstand.

Dersom noen med ”skjellig grunn” mistenkes for en handling som kan medføre fengselsstraff på ”5 år eller mer”, eller som rammes av strl. §§ 90 ,91, 91a jf. 90, kan det settes i verk teknisk sporing av gjenstand.

I motsetning til de andre skjulte tvangsmidlene er det påtalemyndigheten som her har kompetanse til å treffe beslutning om å sette i gang teknisk sporing av gjenstand. At kompetansen er lagt til politiet kan forklares med at slik sporing har vært regulert av en ikke offentliggjort instruks fra riksadvokaten¹¹⁷ før lovbestemmelsen kom inn i loven 3. desember 1999.

I tillegg til de vilkårene for å ta i bruk teknisk sporing av gjenstand som nevnt ovenfor, kan teknisk sporing også tas i bruk ved ”skjellig grunn” til mistanke om overtredelse av strl. § 162c. Strl. § 162c gjør det straffbart å inngå forbund om å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst tre år og som skal begås som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe. For forklaring av begrepet organisert kriminell gruppe se punkt 2.3.3 ovenfor.

Strl. § 162c innebærer at den ellers straffrie forberedelsesfasen gjøres straffbar. Med ”forbund” menes at to eller flere personer inngår en avtale om å begå en bestemt straffbar handling. Avtalen kan være uttrykkelig eller underforstått og det kreves ikke at detaljene rundt avtalen er avklart.¹¹⁸ Straffebudet vil være fullbyrdet straks forbundet er inngått og vilkårene i bestemmelsen ellers er oppfylt. Det stilles ikke krav til at påtalemyndigheten kan bevise hvilken konkret forbrytelse det gjelder, så lenge påtalemyndigheten kan bevise at avtalen gjelder en forbrytelse som kan straffes med fengsel i minst 3 år.¹¹⁹

¹¹⁷ NOU 1997:15 s. 79.

¹¹⁸ Gyldendal Rettsdatas Lovkommentarer til Straffeloven note 1399.

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 95.

Den tekniske sporingen kan bestå i å plassere teknisk peileutstyr på kjøretøy, gods eller andre gjenstander. Plassering på person omfattes ikke av bestemmelsen, men er regulert av strpl. § 202c. Likestilt med person er klær eller gjenstander den mistenkte bærer på seg samt veske eller håndbagasje, jf. strpl. § 202c første ledd bokstav a og b. Den vesentlige forskjellen ligger i at ved teknisk sporing etter strpl. § 202c vil man kunne følge den mistenktes bevegelser forholdsvis uavbrutt over en lengre periode.¹²⁰

Formålet med den tekniske sporingen må være å klarlegge hvor den mistenkte eller gjenstanden befinner seg. At gjenstanden disponeres av andre enn mistenkte er ikke til hinder for å plassere teknisk peileutstyr, f.eks. frakter tredjemann tyvgods, narkotika, eller kjører bilen til mistenkte.¹²¹

Politiet kan foreta innbrudd for å plassere utstyret, men da må vilkårene i strpl. § 202c første ledd være oppfylt, jf. strpl. § 202c første ledd bokstav c.

Det gjelder ingen begrensning for hvor lang tid den tekniske sporingen kan vare, dette er også gjort med hensikt.¹²² Det er opp til påtalemyndighetens skjønn å fastsette lengden av tvangsmiddelet, det alminnelige forholdsmessighetskravet i strpl. § 170a gjelder imidlertid også her.

2.8.4 Teknisk sporing av person.

For at politiet skal kunne plassere peileutstyr på person må personen være mistenkt med ”skjellig grunn” for å handling eller forsøk på handling som kan medføre fengselsstraff på ”10 år eller mer” eller som rammes av strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90, 104a første ledd annet

¹²⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 149.

¹²¹ Bjerke/Keiserud/Sæther (2011) s. 698

¹²² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 149

punktum, eller 104a annet ledd, jf. første ledd annet punktum eller som rammes av eksportkontrolloven § 5

Teknisk sporing av person innebærer at politiet får tillatelse til å plassere teknisk peileutstyr på klær eller gjenstander som mistenkte bærer på seg etter strpl. § 202c første ledd bokstav a). Etter strpl. § 202c første ledd bokstav b) kan politiet plassere teknisk peileutstyr på veske eller annen håndbagasje den mistenkte bærer med seg. Slike gjenstander sitter ikke på mistenkte, men er likevel nærmere knyttet til mistenkte enn gjenstander etter strpl. § 202b.

Strpl. § 202c første ledd bokstav c gir adgang til å foreta innbrudd for å plassere teknisk peileutstyr etter både strpl. §§ 202b og 202c. Dette innebærer at for å foreta innbrudd for å plassere begge versjonene av teknisk peileutstyr må, vilkårene i strpl. § 202 c være oppfylt.

Tillatelse til å foreta innbrudd etter strpl. § 202c første ledd bokstav c kan bare gis der det er strengt nødvendig å foreta innbruddet, jf. strpl. § 202c annet ledd annet punktum. Bakgrunnen for det strenge vilkåret er at innbrudd er et alvorlig inngrep i den private sfære. Dersom politiet kan plassere peileutstyret på annen måte uten vesentlig oppofrelse skal det ikke gis tillatelse etter strpl. § 202c første ledd bokstav c.¹²³

Etter strpl. § 202c fjerde ledd første punktum skal tillatelse til teknisk sporing av person kun gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lengre enn strengt nødvendig. Etter en naturlig språklig forståelse er dette et meget strengt vilkår, og det følger videre av forarbeidene at mye skal til før slik tillatelse gis.¹²⁴ Tillatelse skal etter strpl. § 202c fjerde ledd annet punktum ikke gis for mer enn fire uker av gangen. Dette innebærer at fristen kan forlenges, jf. ordlyden ”av gangen”. Tvangsmiddelets forholdsmessighet etter strpl. § 170a må imidlertid vurderes hver gang.

¹²³ Ot.prp.nr. 64. (1998-1999) s. 150

¹²⁴ ibid s. 147.

2.8.5 Kommunikasjonsavlytting

Der noen med ”skjellig grunn” mistenkes for handling eller forsøk på handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i ”10 år eller mer” eller som rammes av strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90, 104a første ledd annet punktum, eller 104a annet ledd jf. første ledd annet punktum eller av strl. §§ 162 eller 317, jf. 162 eller av eksportkontrollloven § 5, kan retten ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta kommunikasjonsavlytting.¹²⁵

Strpl. § 216a tredje ledd angir hva kommunikasjonsavlyttingen kan gå ut på. Etter bestemmelsens ordlyd kan avlyttingen gå ut på å ”avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke”. Ordlyden ”samtaler eller annen kommunikasjon” omfatter all type informasjonsutveksling mellom kommunikasjonsanlegg, uavhengig av form eller innhold på kommunikasjonen, noe som innebærer at tekst, bilder og film også omfattes.¹²⁶ Uttrykket ”avlytte” er således beholdt kun av historiske årsaker, og er ment å dekke alle tilfeller av kommunikasjon.

Bestemmelsen omfatter bare avlytting av ”kommunikasjon”, noe som innebærer at det bare er signalstrømmen mellom to kommunikasjonsanlegg som kan avlyttes.¹²⁷ Praktisk sett får dette betydning der informasjonen som kommuniseres finnes lagret på ett eller flere av anleggene som benyttes i kommunikasjonen, som er praktisk for f.eks. e-post. For å få tilgang til informasjonen må politiet i stedet bruke reglene om beslag og utlevering i straffeprosessloven kapittel 16.¹²⁸

¹²⁵ strpl. § 216a første ledd

¹²⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 156

¹²⁷ ibid kap. 23 s. 156

¹²⁸ ibid kap. 23 s. 156

Ordlyden ”kommunikasjon” innebærer videre at det må være overføring av informasjon fra en avsender til en mottaker; at et dokument overføres til utskrift på en skriver eller overføres til en ekstern lagringsenhet omfattes således ikke av begrepet.¹²⁹

Adgangen til avlytting etter strpl. § 216a omfatter kommunikasjon mellom ”kommunikasjonsanlegg” og ”Adgangen er således uavhengig av hvilke tekniske hjelpemidler som benyttes i kommunikasjonen.”¹³⁰ Utgangspunktet er at adgangen ikke er begrenset av måten informasjonen transporteres på, eller hvilket overføringsmedium som benyttes. Adgangen omfattes således både offentlige og private nett samt allment tilgjengelige og lukkede nett.¹³¹ Etter forarbeidene må det imidlertid trekkes en grense mot små private nettverk som callinganlegg og datamaskiner som er koblet sammen i et lukket nettverk. Avlytting av callinganlegg vil måtte betraktes som romavlytting.¹³²

Etter ordlyden i strpl. § 216a tredje ledd må avlyttingen gjelde ”bestemte” kommunikasjonsanlegg, i dette ligger et krav om at anlegget som skal avlyttes må identifiseres i kjennelsen.¹³³ I praksis innebærer dette at telefoner og faksmaskiner identifiseres via telefonnummer, mobiltelefoner kan identifiseres gjennom telefonnummer eller IMEI-nummeret (International Mobil Equipment Identity) som er unikt for hver enkelt mobiltelefon. Datamaskiner på internett kan identifiseres ved hjelp av IP-adresse (Internet Protocol), dette gjelder imidlertid kun der maskinen har en låst IP-adresse. Enkelte maskiner får tildelt en ny IP-adresse hver gang de kobler seg til internett, og i disse tilfellene vil ikke tillatelsen til å avlytte kunne knyttes til IP-adressen.¹³⁴

¹²⁹ ibid kap. 23 s. 156

¹³⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 157

¹³¹ ibid kap. 23 s. 157

¹³² ibid kap. 23 s. 157

¹³³ ibid kap. 23 s. 157

¹³⁴ ibid kap. 23 s. 157

Avlyttingen må rette seg mot anlegg den mistenkte ”besitter eller kan antas å ville bruke” etter strpl. § 216a tredje ledd. Det er bruksalternativet som er det mest omfattende, som i de fleste tilfeller også vil omfatte kommunikasjonsanlegg mistenkte har i sin besittelse. Videre vil ikke politiet ha noen nytte av å avlytte en telefon mistenkte besitter men ikke bruker. Forarbeidene fremhever at anlegg kommunikasjonen passerer gjennom, som f.eks. servere, ikke vil omfattes av bestemmelsen da bruken av disse vil være for indirekte.¹³⁵ Det må konstateres med en viss sannsynlighet at mistenkte bruker anlegget, men det er på den annen side ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt, jf. ordlyden ”antas å ville bruke”.

Strpl. § 216a tredje ledd annet punktum bestemmer at identifisering av kommunikasjonsanlegg ved hjelp av tekniske utstyr som nevnt i strpl. § 216b annet ledd bokstav b og som skjer ved å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon, skal anses som kommunikasjonsavlytting. Identifisering som nevnt ovenfor kan som regel finne sted uten hjelp av kommunikasjonsavlytting. Bestemmelsen innebærer at politiet med rettens tillatelse kan iverksette avlyttingen av en eller flere uidentifiserte kommunikasjonsanlegg med sikte på identifisering.¹³⁶

Strpl. § 216a fjerde ledd bestemmer at tillatelse til avlytting kan gis uten hensyn til hvem som eier eller tilbyr det nettet eller den tjeneste som brukes ved kommunikasjonen og videre at politiet kan pålegge eier eller tilbyder å yte den bistand som er nødvendig for gjennomføringen av avlyttingen.

Tillatelse til kommunikasjonsavlytting skal ikke gis lenger enn for strengt nødvendig og ikke for mer enn fire uker av gangen. Tillatelse kan imidlertid gis for inntil åtte uker av gangen ved mistanke om overtredelse av straffeloven kapittel 8 eller 9, dersom etterforsk-

¹³⁵ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 157

¹³⁶ Gyldendal Rettsdata Lovkommentarer til straffeprosessloven note 1500

ningens art eller andre særlige forhold tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, jf. strpl. § 216f første ledd. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

2.8.6 Annen kontroll med kommunikasjonsanlegg

For at politiet skal ha mulighet til å foreta annen kontroll med kommunikasjonsanlegg etter strpl. § 216b må de ha rettens kjennelse og en person må være mistenkt med ”skjellig grunn” for handling eller forsøk på handling som kan medføre straff av ”fengsel i 5 år eller mer” eller som rammes av strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90, 162, 162c eller 317, jf. 162.

I tillegg kan slik kontroll som nevnt i strpl. § 216b iverksettes dersom en person mistenkes for overtredelse av strl. § 145 annet ledd (forbud mot nedlasting av piratkopierte filer), strl. §§ 201a og 204a (henholdsvis avtale om møte med barn under seksuell lavalder, såkalt grooming, og forbud mot å lage, besitte m.v. barnepornografi), strl. § 390a (forbud mot trusler og trakassering). Jeg går ikke nærmere inn på de enkelte bestemmelsene her, men skal kun gi en kort forklaring på hvorfor disse bestemmelsene er unntatt strafferammebegrensningene i strpl. § 216b første ledd bokstav a. De fleste av disse forbudene gjelder handlinger som er blitt mer utbredt og som er blitt lettere tilgjengelig som følge av utviklingen av informasjonsteknologi. Kontroll med kommunikasjonsanlegg som nevnt i strpl. § 216b anses som en særlig effektivt etterforskningsmetode ved slike typer lovbrudd.^{137 138}

Strpl. § 216b inneholder en rekke former for kontroll med kommunikasjonsanlegg politiet kan foreta som skiller seg fra kommunikasjonsavlyttingen etter strpl. § 216a. Etter strpl. § 216b annet ledd bokstav a kan kontrollen gå ut på å innstille eller avbryte overføring av samtaler eller annen kommunikasjon til eller fra bestemte kommunikasjonsanlegg som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke. Ordlyden i strpl. § 216b annet ledd bokstav a er liknende den i strpl. § 216a tredje ledd første punktum. For tolkningen og bemerkninger viser jeg til punkt 2.9.5 ovenfor. Forskjellen mellom de to bestemmelsene er at politiet

¹³⁷ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 158

¹³⁸ Ot.prp.nr. 48 (2007-2008) s. 17

ikke kan foreta avlytting etter strpl. § 216b annet ledd bokstav a; her kan de kun innstille eller avbryte overføringen av kommunikasjon. Dette kan være særlig praktisk i saker etter strl. § 201a.

Etter strpl. § 216b annet ledd bokstav b kan politiet stenge anlegg som nevnt i bokstav a. Alternativet er liknende det i bokstav a, men politiet kan etter denne bestemmelsen hindre kommunikasjon mer permanent, f.eks. for å hindre spredningen av barnepornografi etter strl. § 204a.

Kontrollen kan gå ut på å identifisere anlegg som nevnt i strpl. § 216b annet ledd bokstav a ved hjelp av teknisk utstyr, jf. strpl. § 216b annet ledd bokstav c. Bestemmelsen åpner for bruk av peileutstyr og andre tekniske innretninger for å identifisere kommunikasjonsanlegg. Da kontrollen går ut på å bringe anlegges identitet på det rene, stilles det ikke noe krav til at kontrollen må gjelde et bestemt anlegg.¹³⁹

Strpl. § 216b annet ledd bokstav c gir politiet hjemmel til å innhente informasjon for et bestemt tidsrom fra et kommunikasjonsanlegg. Informasjonen som politiet kan innhente etter denne bestemmelsen er for det første opplysninger om hvilke anlegg som har kommunisert med et bestemt annet anlegg og ”andre data knyttet til informasjonen”. Dette inkluderer bl.a. informasjon om samtalens varighet, geografiske plassering og hvem som var logget på en datamaskin.¹⁴⁰

Videre omfatter bestemmelsen både historiske og fremtidige data. Historiske data kan også innhentes gjennom bestemmelsene om beslag og utleveringspålegg. Tillatelsen til kontrollen må gjelde et ”bestemt tidsrom”. For historiske data gjelder det ingen begrensinger på

¹³⁹ Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) s. 145.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 159

hvilket tidsrom tillatelse kan gis for,¹⁴¹ men for fremtidige data kan tillatelse som hovedregel ikke gis for mer enn 4 uker av gangen, jf. strpl. § 216f første ledd annet punktum. For øvrig kan det i saker om overtredelse av straffeloven kapittel 8 og 9 gis tillatelse for inntil åtte uker av gangen dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning. Bestemmelsen i strpl. § 216f om lengden for kontrollen gjelder generelt for hele strpl. § 216b.

Etter strpl. § 216b tredje ledd gjelder strpl. § 216a fjerde ledd tilsvarende. Dette innebærer at kontrollen kan besluttes uten hensyn til hvem som er eier eller tilbyder av nettet eller tjenesten og at politiet kan pålegge disse å yte nødvendig bistand ved gjennomføringen av kontrollen.

2.8.7 Skjult romavlytting

Politiet kan etter strpl. § 216m iverksette skjult romavlytting når noen med skjellig grunn mistenkes for handling eller forsøk på handling som rammes av en eller flere bestemte bestemmelser i straffeloven. I motsetning til de øvrige skjulte tvangsmidlene stilles det ikke noe krav til strafferamme. Alle bestemmelsene som gir politiet anledning til å sette i verk skjult romavlytting er av svært alvorlig karakter og felles for dem er at strafferammen ligger på mellom 13 til 21 år.

Etter strpl. § 216m første ledd bokstav a kan skjult romavlytting iverksettes ved mistanke om overtredelse av straffeloven § 147a første eller annet ledd. Strl. § 147s første og annet ledd omfatter handlinger begått med terrorhensikt, og overtredelse av bestemmelsen kan straffes med inntil 21 års fengsel.

Strpl. § 216m første ledd bokstav b gir politiet anledning til ved rettens kjennelse å iverksette skjult romavlytting der noen mistenkes for overtredelse av straffeloven §§ 233 (for-

¹⁴¹ ibid. kap. 23 s. 159

settlig eller overlagt drap), 268 annet ledd jf, 267 (grovt ran) eller 162 tredje ledd (særlig grov narkotikaforbrytelse). I tillegg til at personen må være mistenkt for overtredelse av overnevnte straffebud må det også være skjellig grunn til mistanke om at handlingen er foretatt som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. strl. § 60a.¹⁴²

Strpl. § 216m første ledd bokstav c bestemmer at retten ved kjennelse kan gi politiet tillatelse til å sette i verk skjult romavlytting ved mistanke om overtredelse eller forsøk på overtredelse av strl. §§ 233 (forsettlig eller overlagt drap), jf. 132a (motarbeidelse av rettsvesenet). Bestemmelsen innebærer at der noen er mistenkt for forsettlig drap eller forsøk på drap, kan skjult romavlytting iverksettes dersom det er skjellig grunn til mistanke om at drapet eller forsøket på drapet er begått som ledd i å motarbeide rettsvesenet.

Strpl. § 216m fjerde ledd første punktum bestemmer at romavlytting bare kan tillates for det sted mistenkte antas å ville oppholde seg. Forarbeidene forutsetter at tillatelse til romavlytting som regel vil knyttes seg til et bestemt sted, men at der dette kan være problematisk ved at mistenkte bytter møtested flere ganger, kan de stedene mistenkte antas å ville oppholde seg tillates avlyttet.¹⁴³ Ordlyden ”antas” tilsier at det må være visse holdepunkter for at mistenkte vil oppholde seg på stedet, men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt.

Annet punktum i strpl. § 216m fjerde ledd bestemmer at tillatelse til avlytting av offentlig sted eller annet sted som er tilgjengelig for et større antall personer bare kan gis når det foreligger særlige grunner. For vilkåret ”offentlig sted” legges til grunn samme forståelse som i strl. § 7 nr. 1, se punkt 2.9.2 ovenfor. Uttrykket ”særlige grunner” skal forstås som at grunne som taler for avlytting må gjøre seg gjeldende med særlig tyngde eller at vilkåret gir anvisning på et særlig strengt forholdsmessighetsprinsipp.¹⁴⁴ Strpl. § 216m fjerde ledd tred-

¹⁴² Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) s. 146

¹⁴³ ibid s. 147

¹⁴⁴ ibid s. 145

je punktum bestemmer at det også stilles krav til særlige grunner der tillatelsen gjelder avlytting av sted hvor advokat, lege, prest eller andre erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art.

Etter fjerde punktum i strpl. § 216m fjerde ledd skal romavlytting innrettes på en slik måte at den i minst mulig grad fanger opp samtaler hvor den mistenkte ikke er part. Strpl. § 216m femte ledd fastslår at med mindre annet er bestemt av retten, kan politiet foreta innbrudd for å plassere eller fjerne utstyr som er nødvendig for gjennomføringen av avlyttingen. Kravet til ”nødvendig” innebærer at der politiet kan foreta avlytting på en tilfredsstillende måte uten å foreta innbrudd bør retten ikke gi slik tillatelse.¹⁴⁵

Strpl. § 216m sjetten ledd slår fast at bestemmelsene i strpl. §§ 216d til 216k gjelder tilsvarende for skjult romavlytting. Imidlertid er det gjort unntak fra strpl. § 216f første ledd ved at rettens tillatelse ikke gjelder for mer enn to uker av gangen.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) kap. 23 s. 148

3 Komparativ rett

Skjulte tvangsmidler er tillatt i flere andre land i Europa. Å se hva som er tillatt i andre land kan være hensiktsmessig når man skal vurdere hva som skal tillates i egen lovgivning. Årsaken til dette er at land det er naturlig å sammenlikne seg med når det gjelder kriminalitet og lovgivning ellers, kan gi en viktig pekepinn på hvordan vår egen lovgivning bør utformes. Jeg vil ikke gå i dybden på hvilke regler som finnes i de forskjellige lands rettsystemer, men kun komme med noen eksempler.

Flere land i Europa, som Danmark, Sverige, Finland, Tyskland, England og Frankrike, har liknende regler som de norske når det kommer til de skjulte tvangsmidlene. Felles for de fleste er at reglene er lempeligere enn i det norske systemet, ved at det kreves lavere strafferamme for at enkelte av tvangsmidlene kan tas i bruk.¹⁴⁶ Eksempelvis tillates telefonavlytting i Danmark¹⁴⁷ og Frankrike¹⁴⁸ henholdsvis ved mistanke om overtredelser av straffebud som kan straffes med mer enn hhv. 6 og 2 års fengsel, mens det i Norge kreves mistanke om overtredelse av straffebud som kan straffes med minimum 10 år, eller mistanke om overtredelse av enkelte særskilte lovbestemmelser.

Det er imidlertid ikke slik at alle reglene om skjulte tvangsmidler i Norge er strengere enn i andre land. F.eks. er det ikke tillatt å benytte seg av skjult romavlytting i verken Sverige¹⁴⁹ eller Nederland¹⁵⁰ annet enn i nødrettsliknende situasjoner.

Felles for de fleste land er at i likhet med Norge vedtas bruk av de fleste skjulte tvangsmidlene av retten gjennom kjennelse.

¹⁴⁶ NOU 2004:6 s. 135 til s. 160 punkt 8.

¹⁴⁷ NOU 1997:15 punkt 5.2.1

¹⁴⁸ ibid punkt 5.5.3

¹⁴⁹ NOU 2004:6 s 146 punkt 8.3.4.3

¹⁵⁰ ibid s. 159 punkt 8.6.4

4 Hensyn og egne vurderinger.

Når lovgiver skal vurdere hvorvidt det er behov for å utvide eller innskrenke politiets adgang til å ta i bruk de skjulte tvangsmidlene, er det avgjørende å vurdere de relevante hensynene for og imot. Etter norsk rett er alle individer frie og staten skal i minst mulig grad begrense denne friheten. Mot hensynene til individets sikkerhet og frihet står behovet staten og enkeltindividen har for at kriminalitet bekjempes.

De forskjellige hensynene gjør seg gjeldende med ulik styrke i hver situasjon og for hvert enkelt tvangsmiddel, noe som også gjenspeiler seg i de enkelte tvangsmidlene. F.eks. er det gjerne slik at de mest inngripende tvangsmidlene krever mistanke om overtredelse av mer alvorlig kriminelle handlinger enn ved de mindre inngripende tvangsmidlene. Videre vil det være av betydning hvor inngripende tvangsmiddelet er, hvor effektivt det er og hvor alvorlig den kriminaliteten man søker å bekjempe er. Det vil også være av betydning hvem som krenkes, om det er lovbryter eller tredjeperson.¹⁵¹

4.1 Hensyn for skjulte tvangsmidler

4.1.1 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse

For at et moderne samfunn skal fungere er det avhengig av at lovgivningen inneholder regler som innskrenker borgernes alminnelige frihet og som er ment å legge føringer på borgernes handlinger.¹⁵² De viktigste av reglene som begrenser borgernes frihet er reglene i straffelovgivningen som retter seg mot handlinger som kan føre til skade av svært alvorlig karakter for den enkelte. Straffbare handlinger er imidlertid også skadelig for samfunnet som en helhet og ikke bare enkeltindivider, høy kriminalitetsgrad kan f.eks. virke destabiliserende på samfunnet. Høy kriminalitetsgrad kan videre skape en utrygghetsfølelse for

¹⁵¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 36 punkt 7.1

¹⁵² NOU 2009:15 s. 68 punkt 8.2

borgerne som igjen kan true samfunnssikkerheten ved at borgerne tar oppgaven med å beskytte seg selv i egne hender.¹⁵³

Kriminalitetsbekjempelse er formulert i forarbeidene som en samlebetegnelse på den virksomheten som drives for å hindre at borgerne og samfunnet utsettes for kriminelle handlinger.¹⁵⁴ Kriminalitetsbekjempelse utøves i all hovedsak av politiet, og i følge politiloven § 1 skal staten sørge for den polititjeneste samfunnet har behov for. Bestemmelsen gir uttrykk for statens enerett til å forvalte og utøve politimyndighet.¹⁵⁵ Politiets overordnede mål er angitt i politiloven § 1 annet ledd der det heter at politiet skal ”gjennom forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet være et ledd i samfunnets samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig.” For at politiet skal kunne utføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte er de avhengige av tilstrekkelige med ressurser og lovmessige virkemidler. Ressursene kan deles opp i materielle, økonomiske og personelle ressurser.

4.2 Hensyn mot bruk av skjulte tvangsmidler.

4.2.1 Personvernshensyn

Personvern er definert av personvernskommisjonen som ”ivaretakelsen av personlig integritet; ivaretakelsen av enkeltindividers mulighet til privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse”.¹⁵⁶ Bruken av skjulte tvangsmidler innebærer et inngrep i borgernes personvern. Uavhengig av om reglene om tvangsmidler faktisk brukes, vil selve eksistensen av reglene innebære et inngrep ovenfor alle som kan rammes av dem.¹⁵⁷

¹⁵³ ibid s. 68 punkt 8.2

¹⁵⁴ ibid s. 68 punkt 8.1

¹⁵⁵ Ot.prp.nr. 22 (1994-1995) s. 12

¹⁵⁶ NOU 2009:15 s. 32

¹⁵⁷ NOU 2009:15 s. 48

Hensynet til personvern vil derfor stå i sterk kontrast til hensynet for kriminalitetsbekjempelse. Personvern bygger på at enhver har rett til eierskap om egne opplysninger, vern mot overvåkning og retten til å hindre at slike opplysninger blir kjent for andre. Handlinger og oppfatninger den enkelte har og foretar seg i sin private sfære, altså i det private hjem, skal vernes mot inngrep fra utenforstående. Dette gjelder både ovenfor det offentlige og andre privatpersoner. Retten til privatliv er fastslått i EMK¹⁵⁸ art. 6. Årsaken til at personvernet anses så viktig er at vern mot inngrep i den private sfære og mot den private integritet er en forutsetning for utviklingen av menneskets identitet mot en myndig person. Denne prosessen blir svekket dersom man lever i frykt for overvåkning av utenforstående aktører.¹⁵⁹ Utstrakte hjemler for det offentlige til å overvåke borgerne kan videre være med på å forstyrre maktbalansen mellom borger og staten, og muligheten for maktmisbruk økes. I forarbeidene er det uttalt at hvis kunnskap er makt, kan også kunnskap om andre mennesker gi makt, både generelt og spesielt overfor de personene kunnskapen gjelder.¹⁶⁰

Utgangspunktet i norsk rett er at den personen hvis opplysninger gjelder skal samtykke før behandling av personopplysninger finner sted.¹⁶¹ Behandling av slike opplysninger uten personens samtykke skal kun unntaksvis foretas. Ved bruk av skjulte tvangsmidler har ikke politiet mistenktes samtykke, mistenkte er heller ikke klar over innsamlingen og bruken av disse opplysningene. Bruken av skjulte tvangsmidler skiller seg derfor til de grader fra de alminnelige reglene for bruk av personopplysninger, noe som tilsier at bruken kun skal skje der det er absolutt nødvendig og der hensynet til kriminalitetsbekjempelse veier tyngre enn hensynet til mistenktes personlige integritet og frihet.

¹⁵⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4. november 1950, inntatt som norsk lov ved menneskerettsloven

¹⁵⁹ NOU 1999:27 s. 28

¹⁶⁰ NOU 1999:27 s. 22

¹⁶¹ popplyl. § 8

4.2.1.1 Overskuddsinformasjon

Formålet med bruk av skjulte tvangsmidler er å innhente opplysninger som anses å være av vesentlig betydning for oppklaring av et straffbart forhold, innhenting av bevis m.m. Disse opplysningene er i sin essens personopplysninger, ofte om private sider av en persons liv. Selv om formålet med tvangsmiddelet er å avklare hvorvidt en person faktisk har begått en straffbar handling eller ikke, samt å skaffe til veie bevis ved en eventuell senere straffesak, er det ofte ikke til å unngå at politiet også får opplysninger om andre sider av mistenktes liv, som informasjon om andre kriminelle handlinger mistenkte eller tredjeperson har begått. Dette er såkalt overskuddsinformasjon, og omfatter også all annen informasjon som er et resultat av overvåkingen og som ikke er relevant for den aktuelle etterforskningen.

Overskuddsinformasjon kan kun benyttes som bevis dersom det andre straffbare forholdet kan begrunne den form for overvåking opplysningene stammer fra.¹⁶² Politiet kan imidlertid bruke overskuddsinformasjonen som ledd i etterforskning. Slik bruk kan stride mot uskyldspresumsjonen ved at politiet har fått tak i informasjon ved bruk av et tvangsmiddel de i utgangspunktet ikke hadde hatt rett å bruke på forholdet. Dette er et hensyn som står mot hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse. Skulle det være fritt frem for politiet å benytte overskuddsinformasjon, vil dette kunne skape store muligheter for misbruk ved at man benytter de skjulte tvangsmidlene som påskudd for å skaffe til veie bevis for forbrytelser av mindre alvorlig grad.

¹⁶² strpl. § 216i bokstav b

4.2.2 Rettssikkerhetshensyn

Rettsikkerhetshensyn er et annet viktig hensyn som stiller seg som en motpol til hensynet for effektiv kriminalitetsbekjempelse. Rettsikkerhet er et honnørbegrep og benyttes ofte i forskjellige sammenhenger. Kjernen i begrepet er at enkeltindividet skal være beskyttet mot vilkårlighet og overgrep fra myndighetens side, og at individet skal ha mulighet til å forutberegne sin egen rettsstilling samt forsvare sine rettslige interesser.¹⁶³

Det er nær tilknytning mellom personvernshensyn og rettsikkerhetshensyn. Mens personvernet skal verne om den private sfære, den personlige integritet og beskytte mot uønskede inngrep fra myndighetenes side, skal rettsikkerhetshensyn verne mot vilkårlige inngrep fra statens side og sikre individets rettigheter ovenfor det offentlige. Personvern oppstiller på denne måten en grense for hvor langt lovgiver kan gå for å vedta regler som griper inn i personvernet. Rettsikkerhetshensynet på den annen side oppstiller et vern mot overgrep og vilkårlighet innenfor allerede vedtatte regler. Inngrepet skal skje innenfor de rettslige rammene bestemt gjennom demokratiske prosesser.¹⁶⁴

Rettsikkerhetshensynet er et hovedelement i ivaretagelsen av individets rettigheter og er til en viss grad en menneskerett i seg selv.¹⁶⁵ Rettsikkerhet er et paraplybegrep og sentrale deler av begrepet omhandler legalitetsprinsippet om at inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i lov, og forholdsmessighetsprinsippet.

Som nevnt ovenfor er en del av rettsikkerhetshensynet at borgerne skal ha mulighet til å forutberegne sin egen rettsstilling og dermed forsvare eller innrette seg etter denne. Ved bruk av de skjulte tvangsmidlene er hensikten at det skal skje i det skjulte og at mistenkte ikke skal ha kunnskap om vedtaket eller gjennomføringen av tvangsmiddelet og dermed

¹⁶³ NOU 2009:15 s. 60 punkt 7.1

¹⁶⁴ ibid s. 61 punkt 7.2

¹⁶⁵ ibid s. 60 punkt 7.1

ikke kan innrette seg etter tvangsmiddelet. Her sikres imidlertid forutberegnlighet gjennom klare og lett tilgjengelige regler om bruken av tvangsmidlene. Borgernes mulighet til kontradiksjon, altså forsvar for sin rettsstilling, sikres gjennom at de fleste skjulte tvangsmidler må besluttet av retten og ved at det oppnevnes offentlig advokat etter strpl. § 100a se punkt 2.5 ovenfor.

4.3 Egne vurderinger

4.3.1 Er det behov for en egen hjemmel for vanlig spaning?

I dag eksisterer det ikke regler som hjemler vanlig spaning. Med vanlig spaning siktes til der politiet settes til å observere og overvåke personer over en viss periode personelt. Politiet har anledning til å plassere teknisk peileutstyr på person eller gods ved enkelte tilfeller. dette skiller seg fra vanlig spaning ved at man ved hjelp av det tekniske utstyret kan overvåke mistenkte mer intenst og mer nærgående enn man har mulighet til ved vanlig spaning.

Rene observasjoner på åpen gate inngår i den alminnelige handlefriheten og det må være klart at slike handlinger ikke anses som overvåkning. Grensen må imidlertid gå der overvåkningen er personrettet og foregår mer konstant enn ved rene observasjoner. Hvorvidt slik overvåkning burde lovfestes har vært problematisert i forarbeidene¹⁶⁶ tidligere uten at det har resultert i en lovbestemmelse. Ved vanlig spaning er det klart at politiet også kan få tilgang til opplysninger som f.eks. teknisk sporing ikke kan fremskaffe som samtaler og observasjoner om hva mistenkte foretar seg.

Den store forskjellen er at disse opplysningen i utgangspunktet kun lagres i polititjenestemannens eget hode, og ikke løpende på data. Politimannen kan imidlertid skrive ned sine observasjoner og samtaler, som igjen kan lagres på data. Faren for misbruk kan i slike tilfeller bli like stor som ved annen overvåkning. Videre blir opplysningene subjektive ved at

¹⁶⁶ NOU 2004:6 s. 58 punkt 7.2.3.3

de fremstilles gjennom polititjenestemannen før de eventuelt lagres et sted, i motsetning til overvåkning ved hjelp av tekniske midler der opplysningene lagres direkte og således er upåvirket av mellommann.

Med bakgrunn i det som er nevnt ovenfor er det min oppfatning at det bør vedtas en lov-hjemmel som regulerer ordinær spaning. Årsaken til dette er ikke et ønske om å sette terskelen for bruken av høyere enn hva som er dagens praksis. Tvert i mot er det min oppfatning at terskelen for å sette i verk vanlig spaning bør være lav, og at det bør være opp til den enkelte polititjenestemann om slik etterforskning anses hensiktsmessig i det enkelte tilfelle, eventuelt at avgjørelsen er lagt til en etterforskningsleder.

Bakgrunnen for forslaget er at slike inngrep i den private sfære etter min oppfatning bør ha hjemmel i lov. Lovhjemmel skaper forutberegnlighet og muligheten for å etterprøves. Videre blir det lovregulert på hvilken måte og hvor lenge opplysningene som blir resultatet av spaningen skal lagres. F.eks. lagring i papirform skaper risiko for at opplysningene kan komme på avveie, mens lagring via data skaper større mulighet for spredning. Det er min oppfatning at det bør stilles krav til at opplysningene lagres på en sikker måte via datasys-temer, og at sikkerheten rundt opplysningene er på lik linje med opplysninger som er resul-tatet av andre skjulte tvangsmidler.

4.3.2 Er det behov for å kunne foreta skjult fjernsynsovervåkning mot eller på privat sted?

I dag eksisterer ingen lovbestemmelse som hjemler skjult fjernsynsovervåkning mot eller på privat sted. Skjult fjernsynsovervåkning mot privat sted innebærer at overvåkningsutstyret plasseres på offentlig sted rettet mot et privat sted, typisk et inngangsparti eller en dør. Skjult fjernsynsovervåkning er at overvåkningsutstyret plasseres på privat sted, typisk stue e.l. i privat bolig.

Metodeutvalget har i samtaler med Kripos og Oslo politidistrikt fått signaler om et ønske om at straffeprosessloven utvides til også å omfatte skjult fjernsynsovervåkning mot og på privat sted.¹⁶⁷

Ved vurdering om skjult fjernsynsovervåkning mot eller på privat sted skal tillates vil personvernshensyn gjøre seg gjeldende med full tyngde. Slik overvåkning er svært inngripende ovenfor den enkelte, og fjernsynsovervåkning anses som meget mer inngripende enn avlytting. Årsaken til dette er bl.a. at man ved fjernsynsovervåkning kan oppfatte meget mer enn ved avlytting, i det møter mellom organisert kriminelle kan f.eks. foregå i taushet ved at penger og narkotika skifter hender. Ved vurderingen må det imidlertid skilles mellom skjult fjernsynsovervåkning mot privat sted og skjult fjernsynsovervåkning på privat sted, sistnevnte anses å være mest inngripende.

Skjult fjernsynsovervåkning mot privat sted vil kunne gi politiet opplysninger om hvem som kommer og går til og fra f.eks. en privat bolig. Etterforskningsmetoden har mye til felles med ordinær spaning med den forskjellen at opplysningene kan lagres og granskes utallige ganger. Skjult fjernsynsovervåkning på privat sted vil derimot ha samme effekt som om polititjenestemannen var tilstede i selve rommet, dette er særlig tilfelle hvis overvåkningen kombineres med romavlytting.

Skjult fjernsynsovervåkning mot privat sted vil kunne lette politiets ressursbruk betydelig. Å sette opp et kamera kan være svært besparende for politiet som da slipper å ha spanere kontinuerlig utenfor f.eks. en bolig. Dette er etter min mening ikke et særlig godt poeng ettersom personvernshensyn veier tyngre enn ressurs hensyn. På den annen side har politiet allerede denne muligheten ved spaning. Bruken av et skjult videokamera vil videre kunne redusere muligheten for at mistenkte oppdager overvåkningen. Etter min oppfatning tilsier dette at det bør åpnes for skjult fjernsynsovervåkning mot privat sted, som tillegg til strpl. §

¹⁶⁷ NOU 2009:15 s. 224 punkt 21.4.3

202a, en konklusjon forarbeidene også har kommet frem til.¹⁶⁸ Det bør imidlertid være meget strenge vilkår for å kunne benytte seg av dette tvangsmiddelet.

Når det gjelder skjult fjernsynsovervåkning på privat sted er jeg mer i tvil. Slik overvåkning er som nevnt svært inngripende, noe som tilsier at det kun bør være en slik adgang i helt spesielle tilfeller. I forarbeidene er det konkludert med at tillatelse bør gis også her.¹⁶⁹

Skjult fjernsynsovervåkning på privat sted kan ha potensiale til å avdekke informasjon som kan være svært vanskelig eller umulig å få hånd om på andre måter, som kan forsvare bruken av et så inngripende tvangsmiddel der det kan være tale om å redde liv eller beskytte sentrale samfunnsgoder. Det påpekes imidlertid at i en rettsstat kan ikke målet alltid hellige middelet, noe som er svært viktig å ha i bakhodet når det er spørsmål om å utvide statens kontroll av borgerne.

Skulle skjult fjernsynsovervåkning på privat sted tillates er det min oppfatning at vilkårene bør være meget strenge, og at tillatelse kun bør gis der det er fare for rikets sikkerhet og selvstendighet og ved terrorisme.

4.3.3 De skjulte tvangsmidlene og selvinkrimineringsprinsippet

Selvinkrimineringsprinsippet er en grunnstein i straffeprosessen. Prinsippet innebærer i all hovedsak at siktede har rett til å forholde seg taus om egne forhold som kan lede til domfellelse. Prinsippet er lovfestet i strpl. §§ 232 første ledd og 90. Prinsippet er videre fastsatt i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr. 3 bokstav g og er innfortolket i EMK art. 6, begge konvensjonene er gjort til norsk lov gjennom mnskrl. § 2

¹⁶⁸ NOU 2009:15 s. 224 punkt 21.4.2

¹⁶⁹ ibid s. 224 punkt 21.4.3

Selvinnkriminaliseringsprinsippet er et svært viktig prinsipp som i alle stadier av straffeprosessen. I rettspraksis har prinsippet bl.a. blitt tolket slik at politiet ikke ved bruk av infiltratører (politimenn som utgir seg for å være sivilpersoner med sikte på å infiltrere kriminelle miljøer) kan forlede mistenkte til å forklare seg. Dette var tilfellet i Rt-1999-1269 hvorefter beviset ble nektet ført av Høyesterett.

Denne type etterforskningsmetoder har stor likhet med de skjulte tvangsmidlene; begge foretas uten mistenktes kunnskap og begge har til hensikt å fremskaffe bevis som kan lede til domfellelse. Det er etter min mening derfor oppsiktsvekkende at forarbeidene ikke vurderer tvangsmidlene opp mot selvinnkriminaliseringsprinsippet. Når dette ikke er vurdert i forarbeidene kan det tyde på at lovgiver ikke har tatt stilling til problematikken, noe som er betenkelig med tanke på prinsippets betydning i norsk rett og i menneskerettighetene.

Naturlig nok vil de skjulte tvangsmidlene miste sin effekt om politiet skulle opplyse mistenkte om retten til å forholde seg taus, og prinsippet kan derfor ikke gjøres gjeldende med full tyngde. Samtidig vil retten til å forholde seg taus være ikke-eksisterende om politiet allerede har den informasjonen de er ute etter.

Prinsippet bør etter min mening vurderes i forhold til overskuddsinformasjon, altså personopplysninger politiet får tak i som ikke er relevant for saken under etterforskning samt opplysninger om andres straffbare forhold. Retten til å forholde seg taus bør videre være et moment i vurderingen når retten skal ta stilling til om bruken av et skjult tvangsmiddel bør tillates, spesielt for de skjulte tvangsmidlene som innebærer overvåkning og opptak ved hjelp av teknisk utstyr, som kommunikasjonskontroll og skjult romavlytting.

Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse må i mange tilfeller veie tyngre enn retten til å forholde seg taus, særlig gjelder dette ved grovere forbrytelser av samfunnsskadelig art. Det er imidlertid min oppfatning at forholdet burde belyses ytterligere og at det bør være et moment i vurderingen når man skal vurdere å utvide adgangen til bruk av skjulte tvangsmidler.

4.3.4 Avsluttende kommentarer

Bruken av skjulte tvangsmidler er etter min oppfatning nødvendig i et moderne samfunn. De siste 20 årene har vist en sterk teknologisk utvikling og det er ingen grunn til å tro at denne utviklingen vil avta. Mens den nye utvikling skaper økt utfoldelse for borgerne gjennom bl.a. sosiale medier, skaper også utviklingen mulighet for utnyttelse av kriminelle. Et godt eksempel på dette er overgangen fra kontanter til databaserte valuta, i det den teknologiske utviklingen gir mulighet for borgerne til å utnytte sine midler uten å være nødt til å frakte med seg store mengder kontanter, men har samtidig gjort det mulig for kriminelle å få tak i store mengder penger raskt og uten samme risiko som tidligere.

Endringen i kriminalitetsbildet fra enslige gjerningsmenn til store profesjonelle organisasjoner, ofte med internasjonalt tilsnitt, gjør at tradisjonelle etterforskningsmetoder kommer til kort. Internasjonal terrorisme skaper også behov for skjulte tvangsmidler for å motvirke en destabilisering av samfunnet. Videre vil bruken av skjulte tvangsmidler i mange tilfeller være langt billigere enn tradisjonelle etterforskningsmetoder, selv om dette etter min mening ikke er et godt argument.

På den annen siden gir økt kontroll av borgerne fra statens side mulighet for misbruk av informasjon. En god del av denne faren kan motvirkes gjennom lovfestede rutiner for lagring og håndtering av informasjonen politiet anskaffer seg gjennom bruken av de skjulte tvangsmidlene.

Det er i det juridiske miljø reist kritikk mot beslutningsprosessen ved de skjulte tvangsmidlene. Kritikken går i hovedsak ut på at dommerne kun har mulighet til å vurdere en side av saken og at advokaten oppnevnt etter strpl. § 100a ikke har mulighet til å foreta en reell prøving av vilkårene. Denne prosessen kan med fordel forbedres, og jeg er av den oppfatning at kompetansen fortsatt bør ligge hos domstolene, men at beslutningen bør fattes ved dom og at flere dommere bør være involvert. Videre kan det stilles strengere krav til politiets opplysninger.

Det er viktig at samfunnet ikke ligger foran kriminalitetsutviklingen og det er min oppfatning at det ikke bør åpnes for bruk av flere skjulte tvangsmidler enn det som er nevnt ovenfor.

5 Litteraturliste

5.1 Internasjonale konvensjoner

Convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms, Roma 4. november 1950

International Covenant on Civil and Political rights av 16 desember 1966

5.2 Lover

1902 - Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22 mai 1902 nr. 10

1965 - Vegtrafikklov (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4

1981 - Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

1987 - Lov av 18. des. 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. (eksportkontrollloven)

1992 - Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven)

1992 - Lov 4 des 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddeloven)

1995 - Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)

1999 - Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

2000 - Lov 14 april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

5.3 Forarbeider

5.3.1 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr. 23 (1983-1984) - Om lov om endringer i straffeloven m.v. (narkotikalovbrudd, ran og heleri)

Ot.prp.nr. 56 (1989-1990) - Om lov om megling i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m. (hemmelig opptak av samtale og offentlig gjengivelse; fjernsynsovervåking; uforsiktig omgang med skytevåpen; ulovlig innførsel, produksjon og omsetning av alkohol; falsk utrykningsmelding; skyldkravet ved heleri m.m.)

Ot.prp.nr. 40 (1991-1992) - Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)

Ot.prp.nr. 26 (1993-1994) - Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonkontroll i narkotikasaker)

Ot.prp.nr. 48 (1994-1995) - Om lov om politiet (politiloven)

Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) - Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) - Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)

Ot.prp.nr. (2007-2008) - Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)

5.3.2 Proposisjon til Stortinget med forslag til lovvedtak

- Prp.47 L. (2011-2012) – Endringer i personopplysningsloven

5.3.3 Norges offentlige utredninger

NUT-1969-3 - Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

NOU 1997:15 - Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 1999:27 - ”Ytringsfrihed bør finde Sted” Forslag til ny Grunnlov §100

NOU 2004:6 - Mellom effektivitet og personvern - Politimetoder i forebyggende øye-med

NOU 2009:15 - Skjult informasjon - åpen kontroll Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker

5.4 Avgjørelser av Høyesterett

Rt. 1930 s. 1076

Rt. 1939 s. 890

Rt. 1986 s. 760

Rt. 1988 s. 314

Rt. 1989 s. 685

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1995 s. 471

Rt. 1995 s. 1738	Rt. 1999 s. 1269
Rt. 1997 s. 426	Rt. 2000 s. 310
Rt. 1997 s. 708	Rt. 2000 s. 1713
Rt. 1997 s. 1667	Rt. 2005 s. 1473
Rt. 1997 s. 1737	Rt. 2006 s. 582
Rt. 1997 s. 1839	Rt. 2008 s. 867
Rt. 1999 s. 787	Rt. 2010 s. 449
Rt. 1999 s. 1008	Rt. 2010 s. 1269

5.5 Rundskriv

Oslo byretts rundskriv 4. desember 2000 (nr.7/2000)

5.6 Juridisk litteratur

Andenæs, Johs. *Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Oslo 1990

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 3. utgave Oslo 2000

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Straffeprosessloven kommentarutgave* 3. utgave Oslo 2001

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utgave ved Helgesen, Jan E. Oslo 2001

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5 utgave ved Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik Oslo 2004

Eskeland, Ståle *Strafferett*, 2. utgave Oslo 2006

Andrenæs, Johs. *Spesiell Strafferett og formuesforbrytelser* 2008 ved Andorsen, Kjell V

Hov, Jo, *Innføring i prosess* 2009

Bjerke/Keiserud/Sæther *Straffeprosesslovens kommentarutgave* 4. utgave Oslo 2011

5.7 Nettsider

Gyldendal Rettsdata lovkommentarer – www.rechtsdata.no